

Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18

## WYROK

z dnia 20 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski  
Anna Kuszel-Kowalczyk  
Jan Kuzawiński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie **16 i 18 lipca 2018 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **2 i 5 lipca 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

- A. 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 [sygn. akt KIO 1303/18]
- B. AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) [sygn. akt KIO 1310/18]
- C. 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 [sygn. akt KIO 1322/18]

w postępowaniu pn. *Budowa nowej linii kolejowej Podłęże-Szczyrk-Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizację istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka-Nowy Sącz – Etap I: prace przygotowawcze* (nr postępowania: IREZA3c-216-04/2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. 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 – do sprawy o sygn. akt KIO 1310/18
- B. AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) – do spraw o sygn. akt: KIO 1303/18 i KIO 1322/18

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie KIO 1303/18.
2. Uwzględnia odwołania w sprawach KIO 1310/18 i KIO 1322/18 w taki sposób, że nakazuje zamawiającemu PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności:
  - 2.1. przy ocenie oferty wspólnej AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja):
    - w kryterium *Doświadczenie personelu Wykonawcy*, podkryterium *Doświadczenie Koordynatora w branży kolejowe sieci trakcyjne – podkryterium D5 dla Kontraktu nr 1* – uwzględnienie informacji zawartych na str. 10 oferty;
    - w kryterium *Metodologia*, podkryterium *Organizacja Wykonawcy – podkryterium M2 dla Kontraktu nr 1 (M2<sub>k1</sub>)* – uwzględnienie informacji zawartych na str. 284 oferty;
  - 2.2. dokonanie oceny obu złożonych ofert w podkryterium *Kluczowe elementy Kontraktu* w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie pomiędzy nimi uczciwej konkurencji, a jednocześnie zgodnie z opisem zawartym na str. 32 instrukcji dla wykonawców, tj. z uwzględnieniem, że:
    - punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego,
    - członek zespołu oceniającego na przyznać 1 pkt za każdy poprawnie wskazany kluczowy element *Kontraktu*,
    - według wzoru wyliczenia łącznej punktacji suma punktów oferty badanej ma być podzielona przez sumę punktów oferty z najwyższą liczbą punktów, a następnie uzyskany wynik ma być przemnożony przez 10.
  - 2.3. sporządzenia i przekazania zainteresowanym uzasadnienia dokonanej oceny

Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18

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.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołania w sprawach KIO 1310/18 i KIO 1322/18.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1303/18 obciąża odwołujących się wspólnie 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 ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących się wspólnie 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** tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od **o odwołujących się wspólnie 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** na rzecz **zamawiającego PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1310/18 obciąża **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
  - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących się wspólnie AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** tytułem wpisu od odwołania,
  - 5.2. zasądza od **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołujących się wspólnie AECOM Polska sp. z o.o. z**

Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18

siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1322/18 obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się wspólnie 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 tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołujących się wspólnie 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 kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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

{KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18}

Na wstępie wyjaśnienia wymaga, że Izba udostępniła na posiedzeniu utajnione części odwołań w takim zakresie, w jakim stwierdziła, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), co zostało poniżej odzwierciedlone przy relacjonowaniu uzasadnień zarzutów.

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „PKP PLK”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Budowa nowej linii kolejowej Podłęże-Szczyrk-Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizację istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka-Nowy Sącz – Etap I: prace przygotowawcze* (nr postępowania: IREZA3c-216-04/2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 31 października 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S\_209 pod poz. 434744.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 czerwca 2018 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) {dalej w uzasadnieniu również: „Konsorcjum Aecom”}.

{KIO 1303/18, KIO 1322/18}

2 i 5 lipca 2018 r. Odwołujący 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 wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „Konsorcjum Egis”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1
  - przez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla dokonanej oceny ofert, w tym punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium „Doświadczenia personelu Wykonawcy”, co utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej, a nadto stanowi naruszenie zasady przejrzystości {KIO 1303/18};
  - przez zaniechanie sporządzenia pełnego, spójnego i czytelnego dla wykonawcy uzasadnienia faktycznego dla dokonanej oceny ofert – punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium „Metodologii”, co utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej, a nadto stanowi naruszenie zasady przejrzystości {KIO 1322/18}.
2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7
  - przez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} – instrukcji dla wykonawców {dalej w uzasadnieniu również: „instrukcja”, „IDW” lub „i.d.w.”}, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu zbyt małej liczby punktów w kryterium „Doświadczenia personelu Wykonawcy”, ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do treści oświadczeń zawartych przez Odwołującego w załączniku nr 1 do „Formularza oferty” {KIO 1303/18};
  - przez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w IDW SIWZ, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu przez członków komisji zbyt małej liczby punktów w kryterium „Metodologii – Podkryterium MIK... – Kluczowe elementy Kontraktu nr 1 (MIK1) i Kontraktu nr 2 (MIK2)” {KIO 1322/18};
  - przez dokonanie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Aecom w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w IDW SIWZ, co skutkowało przyznaniem Konsorcjum Aecom zbyt dużej liczby punktów w kryterium „Metodologii – Podkryterium MIK... – Kluczowe elementy Kontraktu nr 1 (MIK1) i Kontraktu nr 2 (MIK2)” {KIO1322/18}.
3. Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) {dalej

w uzasadnieniu również: „u.z.n.k” lub „uznk”) oraz art. 7 ust. 1 – przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Aecom w załączniku nr 7 i załączonych do niego referencjach złożonych na wezwanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia pozostałym wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Konsorcjum Aecom {KIO 1303/18}.

4. Art. 91 ust 1 w zw. z art. 9 ust 1 oraz w zw. z art. 78 § 1 kc – przez przyznanie Konsorcjum Aecom punktów w kryterium „Doświadczenia Personelu Wykonawcy” i „Metodologii” w sytuacji, gdy dokumenty złożone przez Konsorcjum Aecom, a zawierające oświadczenia składane na potrzeby dokonania oceny oferty w tym kryterium, nie zostały podpisane przez osobę do tego umocowaną, a co za tym idzie z uwagi na niezachowanie wymaganej formy dokumenty te nie mogły być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie oferty Konsorcjum Aecom {KIO 1303/18}.
5. Art 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aecom z postępowania, mimo iż Wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wymaganego doświadczenia, co jednocześnie stanowi naruszenie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17, gdyż Konsorcjum Aecom oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wprowadziło Zamawiającego w błąd, co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania, ponieważ składając takie oświadczenie działało w sposób rażąco niedbały, względnie co najmniej niedbały, a informacja wprowadzająca w błąd dotyczyła braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a więc mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego {KIO 1303/18}.
6. Art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aecom z postępowania, mimo iż Wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego i doprowadziło to do zasądzenia odszkodowania, co jednocześnie stanowi naruszenie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17, gdyż Konsorcjum Aecom nie składając Zamawiającemu oświadczenia, że podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 wprowadziło Zamawiającego w błąd, co winno skutkować jego wykluczeniem, ponieważ nie składając takiego oświadczenia działało w sposób rażąco niedbały, względnie co najmniej niedbały, a informacja wprowadzająca w błąd dotyczyła braku podstaw do wykluczenia, a więc mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego {KIO 1303/18}.

7. Art. 7 ust. 1 – przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości {KIO 1303/18}.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Udostępnienia Odwołującemu dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum Aecom: załącznika nr 7 w całości oraz tzw. referencji (dowodów należytego wykonania usług wskazanych w załączniku nr 7).
2. Wykluczenia Konsorcjum Aecom z udziału w postępowaniu.
3. Dokonania ponownej oceny oferty Konsorcjum Aecom i w jej ramach zmniejszenie do 0 liczby punktów przyznanych wykonawcy w kryterium „Doświadczenia Personelu Wykonawcy” i „Metodologii” {KIO 1303/18}.
4. Dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego oraz Konsorcjum Aecom w sposób zgodny z zapisami SIWZ i przyznania przez każdego z członków komisji za Kluczowe elementy Kontraktu 1 i 2: Odwołującemu większej a Konsorcjum Aecom mniejszej liczby punktów, w taki sposób, aby łączna punktacja Konsorcjum Aecom w kryterium „Metodologii – Podkryterium MIK... – Kluczowych elementów Kontraktu nr 1 (MIK1) i Kontraktu nr 2 (MIK2)” odpowiednio uległa zmniejszeniu z 9 do 0,73 pkt dla „Kontraktu 1” i z 9 do 0,76 pkt dla „Kontraktu 2” {KIO 1322/18}.

Odwołania Konsorcjum Egis zawierają w szczególności następujące uzasadnienie zarzutów:

{ad pkt 1 listy zarzutów}

zarzut niedostatecznego uzasadnienia oceny  
w podkryterium doświadczenia personelu wykonawcy

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W zawiadomieniu z 21 czerwca 2018 r. dla uzasadnienia nieprzyznania maksymalnej punktacji w kryterium „Doświadczenia Personelu Wykonawcy – Podkryterium D1 Doświadczenie Koordynatora Projektu” Zamawiający – w odniesieniu do pozycji wykazu, za które nie przyznał punktów – podał, że z uzyskanych przez niego informacji wynika, że osoba proponowana na powyższe stanowisko nie pełniła takiej funkcji {w tych zadaniach}.



W ramach uzasadnienia Zamawiający nie odniósł się do dodatkowych dokumentów złożonych w toku badania oferty przez Konsorcjum Aecom na potwierdzenie, że osoba zgłoszona na stanowisko Koordynatora Projektu pełniła taką funkcję w zadaniach opisanych w wykazie złożonym na potrzeby oceny we wspomnianym kryterium.

Odwołujący zarzucił, że takie lakoniczne uzasadnienie narusza art. 92 ust. 2 pkt 1 pzp – z którego wynika w szczególności, że należy podać punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym – a także zasadę przejrzystości, gdyż nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że osoba wskazana przez Konsorcjum Aecom nie spełnia wymogów wskazanych w SIWZ, co uniemożliwia Odwołującemu skuteczne zakwestionowanie tej decyzji.

Według Odwołującego jego stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej {w odwołaniu zacytowano fragmenty uzasadnień wyroków wydanych: 26 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17 i KIO 1090/17) oraz 20 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2697/15)}.

{ad pkt 2 listy zarzutów – KIO 1303/18}

zarzuty zaniżenia punktacji Konsorcjum Egis  
w kryterium „Doświadczenia Personelu Wykonawcy”:

a) w podkryterium D1 doświadczenia koordynatora projektu (kontrakt 1)

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W pkt 20.8.2 IDW (Ocena oferty i punktacja w ramach kryterium Doświadczenie personelu Wykonawcy) Zamawiający wskazał, że w ramach podkryterium D1 – Doświadczenie Koordynatora Projektu punktowane będzie:

*1. W ciągu ostatnich 12 lat liczonych do terminu składania ofert w postępowaniu zdobył minimum 8 lat doświadczenia na stanowisku Koordynatora Projektu w zakresie koordynowania pracy zespołu projektowego realizującego projekty inwestycyjne obejmujące wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca projekt budowlany i wykonawczy w zakresie nawierzchni kolejowej, elektroenergetyki i obiektów inżynierskich oraz projekt budowlany lub wykonawczy w zakresie srk) z uzyskanymi ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę dotyczących budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej (w rozumieniu Ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity*

Dz. U. 2016 poz. 1727 z późn. zm.) – 4 pkt;

2.

a) przez minimum 18 miesięcy pełnił funkcję Inżyniera Projektu / Dyrektora Projektu w zakresie zarządzania i nadzoru nad projektami inwestycyjnymi obejmującymi wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca projekt budowlany i wykonawczy w zakresie nawierzchni kolejowej, elektroenergetyki i obiektów inżynierskich oraz projekt budowlany lub wykonawczy w zakresie srk) z uzyskanymi ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę, z wyłączeniem zadań określonych jako minimalne wymagania dla Koordynatora Projektu w Tabeli 1 w pkt 7.2.4 OPZ Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2, lub

b) przez minimum 18 miesięcy pełnił funkcję Koordynatora Projektu w zakresie koordynowania pracy zespołu projektowego realizującego projekty inwestycyjne obejmujące wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca projekt budowlany i wykonawczy w zakresie nawierzchni kolejowej, elektroenergetyki i obiektów inżynierskich oraz projekt budowlany lub wykonawczy w zakresie srk) z uzyskanymi ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę, z wyłączeniem zadań określonych jako minimalne wymagania dla Koordynatora Projektu w Tabeli 1 w pkt 7.2.4 OPZ Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2.

– 2 pkt za każde zadanie spełniające wskazane parametry, max. 6 pkt.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 21 czerwca 2018 r. Zamawiający podał, że z informacji uzyskanych przez niego wynika, że osoba proponowana na ww. stanowisko nie pełniła funkcji, przy czym uwaga ta odnosi się do osoby podanej w ofercie Odwołującego dla „Kontraktu nr 1”, „podkryterium D1 – Doświadczenie Koordynatora Projektu” – w odniesieniu do: pozycji nr 1 (str. 49 oferty), pozycji nr 2 (str. 50 oferty), pozycji nr 3 (str. 50 oferty) i pozycja nr 1 (str. 51 oferty).

W części utajnionej odwołania KIO 1303/18 zrelacjonowano ponadto:

Po pierwsze, że podana z imienia i nazwiska osoba {dalej: „osoba X”} została wskazana w ofercie dla „Kontraktu 1” do pełnienia funkcji „Koordynatora Projektu”.

Po drugie, że w ramach składanych w trybie art. 26 ust. 4 pzp wyjaśnień co do załącznika nr 8 Konsorcjum Egis przekazało Zamawiającemu dwa listy referencyjne od przedsiębiorców zidentyfikowanych co do firmy (wykonawcy usługi projektowej i generalnego wykonawcy) {dalej: „firma A” i „firma B”} na potwierdzenie, że osoba X pełniła funkcję „Koordynatora Projektu” dla inwestycji z poz. 1 wykazu.

W części utajnionej odwołania KIO 1303/18 przedstawiono w związku z tym

następującą argumentację.

Według Odwołującego nie ma znaczenia, że w projektach niezaliczonych przez Zamawiającego do punktacji taka funkcja (stanowisko) nie było przez niego przewidziane w ramach danego kontraktu (z obowiązkiem zgłoszenia tej osoby Zamawiającemu), gdyż oczywiste jest, że taka osoba zawsze jest wyznaczana w przypadku bardziej skomplikowanych zadań, zwłaszcza obejmujących wykonanie dokumentacji wielobranżowej, co wymaga skoordynowania pracy różnych zespołów projektantów (przy czym zwykle pełni ją jeden z projektantów, np. projektant branży wiodącej w danym zadaniu – w tym zamówieniu i jego warunkach zwykle chodzi o branżę torową).

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający nie powinien skupiać się wyłącznie na nazwie danego stanowiska przyjętej w umowie, a wziąć pod uwagę rzeczywisty zakres zadań realizowanych przez daną osobę w strukturze organizacyjnej wykonawcy (czyli rolę danej osoby w zespole projektowym).

Zdaniem Odwołującego nieprzyznanie punktów w tym kryterium przez jest nielogiczne i niespójne z dokonaną oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż Zamawiający uznał jednocześnie, że wyznaczenie osoby X do pełnienia funkcji „Koordynatora Projektu” („Kontrakt 1”) potwierdza spełnienie przez Konsorcjum Egis warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wymogi przewidziane dla punktacji i warunków udziału częściowo się pokrywają. Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie stwierdzić, dlaczego elementy doświadczenia osoby X uznane za wystarczające do spełnienia warunków udziału nie są wystarczające dla przyznania punktów w ramach kryterium.

{koniec relacji utajnionej części odwołania 1303/18 ze str.13-15}

- b) w podkryteriach: D1 – doświadczenia koordynatora projektu  
i D2 – doświadczenia głównego projektanta (kontrakt 1)

Z odwołania wynikają ponadto następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania {ponad okoliczności już powyżej przywołane}.

Z kolei w pkt 20.8.2 IDW (Ocena oferty i punktacja w ramach kryterium Doświadczenie personelu Wykonawcy) Zamawiający wskazał, że w ramach „Podkryterium D2 – Doświadczenie Głównego Projektanta” punktowane będzie:

1. (...)

2. *Przez minimum 18 miesięcy pełnił funkcję Głównego Projektanta w zakresie kierowania zespołem projektowym realizującym projekty inwestycyjne obejmujące wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca projekt budowlany*

*i wykonawczy w zakresie nawierzchni kolejowej, elektroenergetyki i obiektów inżynierskich oraz projekt budowlany lub wykonawczy w zakresie srk) z uzyskanymi ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę, z wyłączeniem zadań określonych jako minimalne wymagania dla Głównego Projektanta w Tabeli 1 w pkt 7.2.4 OPZ Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2 -2 pkt za każde zadanie spełniające wskazane parametry, max. 6 pkt.*

W zawiadomieniu z 21 czerwca 2018 r. Zamawiający wskazał również odnośnie:  
- poz. nr 2 i 4 ze str. 51, poz. nr 3 i 4 ze str. 52 oferty dla „Koordynatora Projektu”,  
- poz. nr 4 ze str. 56 oraz poz. nr 2, 3 i 4 ze str. 56 oferty dla „Głównego Projektanta”,  
że przyczyną niezyskania przez Odwołującego punktów jest brak wskazania w załączniku nr 1A do oferty w tych pozycjach nr pozwolenia na budowę, daty jego wydania oraz organu wydającego.

Według Odwołującego brak podania tych informacji nie może być podstawą do nieprzyznania punktów z następujących powodów.

Po pierwsze, ponieważ każde z tych zadań zostało zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jako adresat pozwolenia na budowę ma on możliwość zweryfikowania, czy decyzja taka została dla danego zadania wydana.

Po drugie, skoro Zamawiający nie kwestionuje, że dla tych zadań zostało wydane pozwolenie na budowę, jego zastrzeżenia mają charakter wyłącznie formalny i sprowadzają się do stwierdzenia, że Wykonawca nie podał wszystkich szczegółów identyfikujących te decyzje administracyjne. W świetle opisu zasad przyznawania punktów w kryterium podanego w SIWZ informacje te miały zostać podane przez wykonawcę w celu umożliwienia Zamawiającemu (zwłaszcza w zakresie projektów realizowanych przez innych zamawiających niż PKP PLK) weryfikacji, czy pozwolenie w istocie było wydane, a zatem nie było celem samym w sobie.

Odwołujący podkreślił, że potwierdził fakt wydania stosownych pozwoleń na budowę. Ponadto każde z tych zadań (i to zarówno etap projektowy, jak i realizacyjny) zostało już wykonane (właściwe odcinki linii kolejowych zostały zmodernizowane czy przebudowane w oparciu o wykonaną dokumentacją i są już użytkowane, w wielu przypadkach od kilku, a nawet kilkunastu lat). Co istotne, zakres robót budowlanych, do których odnoszą się dokumentacje projektowe jest tak duży (vide opis wymogów SIWZ), że nie sposób założyć, że dane roboty mogły być wykonane dla Zamawiającego bez uzyskania pozwolenia na budowę (np. w oparciu o samo zgłoszenie). Jest to obiektywnie niemożliwe w świetle obowiązujących, obecnie i w przeszłości, przepisów ustawy Prawo budowlane.

Po trzecie, Konsorcjum Egis wskazało w ofercie, że nie miało możliwości pozyskania tych informacji ze względu na upływ czasu od daty wydania tych pozwoleń – nie było

podmiotem, który uzyskiwał na rzecz Zamawiającego te pozwolenia (nie opracowywało także dokumentacji, w oparciu o którą pozwolenia te były wydawane), zaś wykonawcy realizujący te zamówienia, Zamawiający, jak i organy administracji publicznej nie były ich w stanie wskazać przed złożeniem oferty (najprawdopodobniej z uwagi na to, że dokumenty zostały przekazane do archiwów). Odwołujący podkreślił, że zwracał się do tych podmiotów ze stosownymi zapytaniami, w tym także do jednostek organizacyjnych PKP PLK odpowiedzialnych za realizację tych inwestycji, jednak odpowiedzi nie uzyskał. Zdaniem Odwołującego nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że pewne informacje nie są u Zamawiającego archiwizowane w taki sposób, by ich późniejsze uzyskanie nie stanowiło większych problemów.

Odwołujący zastrzegł, że jego zdaniem informacje te nie stanowią treści oferty (w odniesieniu do zakresu zaoferowanego świadczenia, czy sposobu jego wykonania), jednakże jeżeli Zamawiający uważał inaczej i miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonych przez Odwołującego oświadczeń, mógł i powinien je usunąć przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

c) w podkryterium D4 – doświadczenia koordynatora w branży mostowej

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W pkt 20.8.3 IDW (str. 30) IDW Zamawiający w następujący sposób opisał wymagania dla uzyskania punktów w „Podkryterium D4 dla Kontraktu nr 1 (D4K1) i Kontraktu nr 2 (D4K2) – Doświadczenie Koordynatora w branży mostowej”:

*Opracował w swojej branży dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy) z uzyskanymi ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę, która łącznie obejmowała budowę lub przebudowę takich obiektów jak (z wyłączeniem zadań określonych jako minimalne wymagania dla Koordynatora branży mostowej w Tabeli 1 w pkt 7,2.4 OPZ Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2):*

*a) Trzy [3] mosty kolejowe o teoretycznej rozpiętości przęsła minimum 50 m*

*lub*

*b) Jeden [1] wiadukt kolejowy lub estakadę kolejową o długości minimum 900 m*

*lub*

*c) Jeden [1] tunel (kolejowy, drogowy lub metra) o długości co najmniej 500 m.*

*[4 pkt za każde zadanie spełniające wskazane parametry, max. 20 pkt]*

Odwołujący wywiódł, że choć pojęcie „zadania” nie zostało zdefiniowane, niemniej

zestawiając ze sobą powyższe opisy należałoby przyjąć, że przez zadanie Zamawiający rozumie dokumentację projektową, tj. projekt budowlany i wykonawczy, spełniającą następnie wskazane w opisie wymagania.

W części utajnionej odwołania KIO 1303/18 zrelacjonowano ponadto:

Po pierwsze, że podana z imienia i nazwiska osoba {dalej: „osoba Y”} została wskazana w załączniku nr 1A do oferty do pełnienia funkcji „Koordynatora w branży mostowej dla Kontraktu 1”, przy czym podano, że ma doświadczenie w wykonaniu trzech różnych dokumentacji (obejmujących projekt budowlany i wykonawczy) odnoszących się do trzech różnych obiektów: mostu kolejowego, tunelu kolejowego i kolejnego mostu kolejowego wykonanych w ramach tej samej umowy dotyczącej inwestycji A {w odwołaniu zidentyfikowanej bardziej szczegółowo}.

Po drugie, że podana z imienia i nazwiska osoba {dalej: „osoba Z”} została wskazana w załączniku nr 1A do oferty do pełnienia funkcji „Koordynatora w branży mostowej dla Kontraktu 2”, przy czym podano, że ma doświadczenie w wykonaniu dwóch różnych dokumentacji (obejmujących projekt budowlany i wykonawczy) odnoszących się do dwóch różnych obiektów: wiaduktu i mostu kolejowego wykonanych w ramach tej samej umowy dotyczącej inwestycji B {w odwołaniu zidentyfikowanej bardziej szczegółowo}.

Po trzecie, że podkreślenia odrębności poszczególnych zadań w tabeli załącznika nr 1A do formularza oferty w kolumnie „Nazwa dokumentacji projektowej” wskazał w każdej pozycji jako nazwę zadania podał tę samą nazwę – tytuł umowy zawartej z inwestorem, jednocześnie wskazując odrębność poszczególnych projektów przez podanie w kolejnych kolumnach, jakich obiektów dane zadanie dotyczy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że opracowanie dokumentacji poszczególnych obiektów w ramach jednej umowy nie uprawniała Zamawiającego do uznania, że składają się one na jedno zadanie w powyżej przedstawionym rozumieniu.

Po pierwsze, zgodnie z praktyką występującą przy dużych projektach infrastrukturalnych, nie tylko w Polsce, dzieli się opracowywaną dokumentację na części odnoszące się do pewnych elementów (w tym przypadku obiektów inżynierskich), które z uwagi na ich specyfikę i pewną samodzielność można wyodrębnić z całości. Części te stanowią osobne projekty budowlane i wykonawcze, za których opracowanie bardzo często odpowiadają odrębne zespoły projektowe (jeden odpowiada za projekty kolejowe, inny za mostowe, a całość jest koordynowana przez osobę lub projektanta wskazanego przez wykonawcę). W tych przypadkach wydzielone zostały do osobnych projektów budowlanych i wykonawczych najbardziej skomplikowane obiekty inżynierskie. Z tego względu każde

**Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18**

z tych opracowań stanowi odrębne zadanie i podlega punktacji.

Po drugie, projektant, który zrealizował 5 projektów budowlanych i wykonawczych (liczba zadań gwarantująca uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym podkryterium) dotyczących różnych obiektów mostowych w ramach różnych umów nie nabywa lepszego doświadczenia niż w przypadku, gdyby wykonał je w ramach jednej umowy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący w odniesieniu do osoby Y zarzucił Zamawiającemu, że skoro nie zakwestionował doświadczenia z poz. 4 i 5 na str. 59 oferty (według formuły zawiadomienia z 21 czerwca 2018 r. wskazuje ono tylko te pozycje, za które punktacji nie przyznano), nie doliczył łącznie 8 pkt.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił, że jeżeli Zamawiający miał jakieś wątpliwości odnośnie sposobu wypełnienia przez Konsorcjum Egis tabeli załącznika nr 1A, winien wezwać do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4, czy art. 87 ust. 1 pzp.

{koniec relacji utajnionej części odwołania KIO 1303/18 ze str.19-21}

{ad pkt 2 listy zarzutów – KIO 1322/18}

zaniżenie punktacji Konsorcjum Egis w podkryterium MIK... – kluczowych elementów kontraktu nr 1 (MIK1) lub kontraktu nr 2 (MIK2) przy zawyżeniu punktacji Konsorcjum Aecom

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W pkt 20.8.3. IDW (Ocena oferty i punktacja w ramach kryterium Metodologia) Zamawiający wskazał, że *na ocenę Metodologii realizacji zamówienia składa się ocena znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście Wykonawcy do wykonywania usługi oraz organizacja Wykonawcy.*

Na powyższe kryterium składają się 2 podkryteria:

*Kluczowe elementy Kontraktu – podkryterium M1 dla Kontraktu nr 1(M1K1) lub Kontraktu nr 2 (M1K2) – Maksymalnie 10 pkt*

*Organizacja Wykonawcy – podkryterium M2 dla Kontraktu nr 1 (M2K1) lub Kontraktu nr 2 (M2K2) – Maksymalnie 15 pkt*

„Podkryterium M1K... – Kluczowe elementy Kontraktu nr 1 (M1K1) lub Kontraktu nr 2 (M1K2)” – brzmienie SIWZ:

*Maksymalnie do uzyskania po 10 punktów dla każdego z Kontraktów niezależnie w podkryterium.*

*W podkryterium, dla każdego z Kontraktów oddzielnie, oceniane będzie opracowanie pisemne – opis kluczowych elementów Kontraktu.*

**Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18**

*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 Wykonawca wskaże elementy, które uważa jako kluczowe dla realizacji Kontraktu, jak również uzasadni swój wybór, biorąc pod uwagę wyżej wymienione cechy kluczowych elementów Kontraktu,*

*Punkty przyznawane będą niezależnie przez wyznaczonych członków Komisji Przetargowej z udziałem wytypowanych przez Zamawiającego przedstawicieli Inżyniera Nadzoru:*

*Członek zespołu oceniającego (1, 2, N) – za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu dla podkryterium M1 – 1 punkt (od 0 do n)*

*Suma punktów oferty badanej*

*Punkty w podkryterium M1K... będą obliczane w następujący sposób:*

*M1K... – (suma punktów oferty badanej / suma punktów oferty z najwyższą liczbą punktów w podkryterium M1K...) \* 10*

Konsorcjum Egis wskazało 136 kluczowych elementów „Kontraktu 1” i 132 kluczowe elementy „Kontraktu 2”.

21 czerwca 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty informację o liczbie przyznanych punktów w kryteriach oceny ofert, z której wynikało, że Konsorcjum Egis otrzymało w kryterium M1K dla obu kontraktów maksymalną liczbę punktów (po 10).

25 czerwca 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu dokument pn. „Uzasadnienie nieprzyznania punktów w Kryterium Metodologia”, z którego wynikało, że Konsorcjum Aecom w „Kryterium Metodologii – Podkryterium M1K... – Kluczowe elementy Kontraktu nr 1 (M1K1) i Kontraktu nr 2 (M1K2)” wskazało jedynie po 10 kluczowych elementów dla każdego z kontraktów.

2 lipca 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą elektroniczną jako załącznik pismo zatytułowane także „Uzasadnienie nieprzyznania punktów w Kryterium Metodologia”, zawierające dodatkowe informacje w stosunku do poprzedniego.

W części utajnionej odwołania zrelacjonowano ponadto, że sześciu członków komisji przyznało Konsorcjum Egis odpowiednio po 8, 6, 6, 10, 10 i 10 pkt za kluczowe elementy każdego z kontraktów, czyli łącznie po 50 pkt za każdy z nich.

Przy ocenie członków komisji, którzy nie przyznali 10 pkt wskazano: *Z uwagi na obszerność opracowania nie podano elementów, które nie zostały ocenione przez*



*członka komisji, natomiast generalnie nie przyznano punktów za wskazanie zrealizowania takich elementów kontraktu, które są powszechnym i przyjętym obowiązkiem opisanym w OPZ i Kontrakcie. Wiele elementów było powtarzających się lub zawierających minimalne różnice.*

Ponadto Konsorcjum Aecom uzyskało po 9 pkt dla każdego z kontraktów (łącznie 18 pkt w podkryterium M1K, co dało podstawę do przyjęcia przez Odwołującego założenia, że łącznie od członków komisji dla każdego z kontraktów uzyskało po 45 pkt.

Odwołujący zarzucił, że zgodnie z opisem sposobu oceny w tym podkryterium Konsorcjum Egis powinno uzyskać łącznie od członków komisji 816 pkt dla „Kontraktu 1” i 792 pkt dla „Kontraktu 2”, natomiast Konsorcjum Aecom po 60 pkt za każdy z kontraktów (przyjmując założenie, że wskazało po 10 kluczowych elementów dla każdego z kontraktów) co w konsekwencji powinno się przełożyć na przyznaniu odpowiednio Konsorcjum Egis 20 pkt (po 10 za każdy z kontraktów), a Konsorcjum Aecom 1,49 pkt (0,735294118 za „Kontrakt 1” i 0,75757576 za „Kontrakt 2”)

Po pierwsze, ponieważ zgodnie z przywołanymi postanowieniami SIWZ, a także wyjaśnieniami treści SIWZ udzielonymi w odpowiedzi na pyt. nr 35, Zamawiający dopuścił wskazywanie nieograniczonej liczby kluczowych elementów, nie jest tak, że każdy z członków komisji mógł przyznać maksymalnie 10 pkt dla każdego z kontraktów, gdyż jest to maksymalna liczba pkt możliwych do uzyskania w tym podkryterium.

Po drugie, z uzasadnienia z 2 lipca 2018 r. wynika, że Zamawiający dokonał niedopuszczalnej na tym etapie postępowania modyfikacji sposobu oceny w tym kryterium, polegającej na dodaniu zastrzeżenia, że za kluczowe uznawał jedynie takie elementy, które wykraczały poza *powszechne i przyjęte obowiązki Wykonawcy opisane w OPZ i Kontrakcie*.

Ponadto Zamawiający nie określił w SIWZ, jak dalece wskazywane przez wykonawców elementy kluczowe mają się od siebie różnić, by można było uznać je za dwa elementy, a nie jeden. Również w tym przypadku dodatkowe wymagania pojawiły się dopiero na etapie oceny ofert.

Po trzecie, z wyjątkiem bardziej szczegółowej informacji od członka komisji nr 3, z uzasadnień przesłanych przez Zamawiającego nie wynika, dlaczego nie uznał 136 kluczowych elementów Kontraktu 1 i 132 kluczowych elementów Kontraktu 2 za poprawnie wskazane i uzasadnione kluczowe elementy, podczas gdy dla Odwołującego każdy z nich spełnia wymagania SIWZ odnośnie uznania go za kluczowy.

{koniec relacji utajnionej części odwołania KIO 1322/18 ze str.9 i 10-12}

{ad pkt 3 listy zarzutów}

zarzut niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Aecom

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Składając ofertę Konsorcjum Aecom zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa: 1) wykaz doświadczenia (głównych usług), zawarty w odpowiednio wskazanych fragmentach dokumentów JEDZ poszczególnych członków konsorcjum; 2) zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia; 3) wykaz osób składany na potrzeby oceny w kryterium (załącznik 1A), 4) „Metodologię – opracowanie wykonawcy”.

Na odmowę udostępnienia wglądu do powyższych części oferty konkurenta Konsorcjum Egis wniosło odwołanie, które zostało uwzględnione w odniesieniu do wykazu doświadczenia (str. 32-34, 51-54, 74-81 oferty – odpowiednie fragmenty JEDZ), a Konsorcjum Aecom jako przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł co do tego sprzeciwu (sprawa prowadzona pod sygn. KIO 472/18).

Po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający udostępnił stosowne fragmenty JEDZ oraz wykazy wykonanych usług (załącznik nr 7), o których mowa w pkt 9.1.5 IDW, jednakże w tych ostatnich czytelnie pozostawił jedynie te informacje, które już wcześniej były zawarte w JEDZ, tj. nazwę dokumentacji projektowej, terminy jej wykonania oraz podmiot, na którego rzecz realizowane były usługi. Zamawiający, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa, odmówił udostępnienia pozostałej wykazu oraz załączonych do niego dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie (tzw. referencji).

Konsorcjum Aecom nie przedstawiło dodatkowego uzasadnienia do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powołując na uzasadnienie, które zawarte było w ofercie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawnie nie udostępnił całego wykazu wraz z referencjami.

W pierwszej kolejności podniósł, że skoro Zamawiający, uwzględniając poprzednie odwołanie, przesądził, że przedstawione w ofercie uzasadnienie było niewystraszające, tym bardziej nie może na jego podstawie wyłączyć dostępu do informacji bardziej szczegółowych, które zostały przekazane na późniejszym etapie postępowania bez wskazania żadnych nowych okoliczności czy dowodów uzasadniających ich utajnienie.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie poczynione przez Konsorcjum Aecom należy uznać za nieskuteczne jako nieczyniące zadość obowiązkowi wykazania wynikającemu z art. 8 ust. 3 pzp, gdyż z przedstawionego uzasadnienia nie wynika, że ujawnienie utajnionych informacji mogłoby spowodować jakkolwiek szkodę po stronie Konsorcjum Aecom

lub wykonawców wchodzących w jego skład. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Aecom nie wykazało, że utajnione informacje posiadają wartość gospodarczą, zamiast tego przyjmując niejako założenie, że samo utajnienie nakazuje im przypisać taką wartość. Uzasadnienie ogranicza się bowiem jedynie do wskazywania, że zastrzeżone informacje do tej pory nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że członkowie konsorcjum podejmują niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Przy czym Odwołujący zwrócił uwagę, że ograniczono się do takiego zapewnienia, gdyż nie przedstawiono żadnych dowodów na ich faktyczne podjęcie.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił że niedostępne informacje nie spełniają wynikających z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. przesłanek uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż oceniając obiektywnie informacja o tym, jakie projekty i na rzecz jakich podmiotów wykonywali w przeszłości członkowie konsorcjum nie ma wartości gospodarczej dla innych wykonawców, jeśli jednocześnie nie posiadają oni wiedzy np. o wysokości i sposobie skalkulowania otrzymanego za te usługi wynagrodzenia. Sama wiedza o kontrahentach nie pozwoli konkurencyjnym wykonawcom pozyskać zamówienia u tych samych zamawiających ze szkodą dla Konsorcjum Aecom.

Odwołujący zaznaczył, że ta część uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niejako zdezaktualizowała się, gdyż dzięki ujawnieniu JEDZ Odwołujący uzyskał wiedzę o tym, jakie projekty realizowało Konsorcjum Aecom. Natomiast szczegółowe informacje o zrealizowanych kontraktach, tj. rodzaj i zakres wykonywanych prac, nie są informacjami o takim znaczeniu, aby miały przesądzać o ich utajnieniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy zawarte w ofercie w ogóle nie odnosiło się do tzw. referencji, a Konsorcjum Aecom nie wnioskowało o zastrzeżenie tych dokumentów.

Wreszcie Odwołujący podniósł, że jawność informacji, o których odtajnienie zabiega, ma kluczowe znaczenie także z punktu widzenia skuteczności środków ochrony prawnej, gdyż pozbawia go możliwości weryfikacji czy doświadczenie deklarowane przez Konsorcjum Aecom odpowiada wymogom Zamawiającego. Z kolei Konsorcjum Aecom nadużyło uprawnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, aby utrudnić konkurującym wykonawcom możliwość takiej weryfikacji.

Ponadto Odwołujący przywołał w kontekście stawianych zarzutów następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej {których fragmenty uzasadnień również zacytował lub opisał}:

- odnośnie znaczenia zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia – wyrok z 9 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 2633/17), który odwoływał się z kolei

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

do wyroku z 23 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12);

- odnośnie obiektywnego charakteru przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. – wyrok z 29 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1703/13);

- odnośnie obowiązku wykonawcy wykazania, że powyższe przesłanki rzeczywiście są spełnione – wyrok z 13 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 385/17), w tym związku przyczynowego pomiędzy ujawnieniem utajnionych informacji a ewentualną szkodą – wyrok z 4 sierpnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16)

- odnośnie sposobu wykazania, że dane informacje mają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i że takiego waloru nie ma zebranie określonych danych tylko na potrzeby konkretnego postępowania – wyrok z 12 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2784/14);

- odnośnie obowiązku zamawiającego zweryfikowania zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji – wyrok z 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1185/15).

Odwołujący przywołał również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zgodnie z którym zamawiający jest zobowiązany do badania zasadności zastrzeżenia tajności informacji, a w przypadku stwierdzenia, że jest ono bezpodstawne, zamawiający ma obowiązek odtajnić dokumenty i udostępnić jako informacje jawne.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

zarzut niezasadnego przyznania Konsorcjum Aecom  
jakichkolwiek punktów w kryterium metodologii

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Przytoczono następujące postanowienia SIWZ – IDW:

*12.5. Dokumenty dołączone do niniejszej IDW powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej – zgodnej z niniejszą SIWZ formie.*

*14.1. Oferta wraz z załącznikami musi być sporządzona w języku polskim, mieć formę pisemną i format nie większy niż A4, w oryginale oraz w kopii w wersji elektronicznej, tj. zeskanowanej oferty w formacie nieedytowalnego pliku PDF na płycie CD lub DVD. W przypadku rozbieżności pomiędzy wersją pisemną oferty, a kopią oferty w wersji elektronicznej wiążący jest egzemplarz w wersji pisemnej. Zamawiający zwraca się z prośbą o zamieszczenie na płycie także edytowalnej wersji HRF wypełnionej przez Wykonawcę.*

*14.2. Stosowne wypełnienia miejsc wy kropkowanych we wzorach stanowiących załączniki*

*do niniejszej IDW i wchodzących następnie w skład oferty mogą być dokonane komputerowo lub ręcznie.*

*14.3. Dokumenty przygotowywane samodzielnie przez Wykonawcę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ muszą mieć formę wydruku komputerowego.*

*14.4. Całość oferty (z zastrzeżeniem pkt 14.8 IDW) musi być złożona w formie uniemożliwiającej jej przypadkowe zdekompletowanie, połączone w oprawie grzbietowej lub w jedną całość inną techniką a poszczególne kartki (arkusze) ponumerowane.*

Z udostępnionych Odwołującemu dokumentów (oświadczenia Konsorcjum Aecom przedstawione w celu uzyskania punktów w podkryteriach kryterium metodologii zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), w tym z treści opinii prawnej przedstawionej przez Konsorcjum Aecom, wynika, że podpis jego pełnomocnika, p. Tomasza Gutkowskiego, (zawierający jego imię i nazwisko), znalazł się wyłącznie na str. 4 oferty, tj. na końcu formularza oferty. Pozostałe dokumenty składające się na treść oferty, tj. załącznik 1A dla kontraktu 1, załącznik 1A dla kontraktu 2 oraz „Metodologia – pisemne opracowanie”, zostały wyłącznie parafowane przez ww. osobę, z tym zastrzeżeniem, że wykonawca str. 10 i 284 nie przedstawił Zamawiającemu w oryginale, a wyłącznie w kopii.

Odwołujący wywiódł, że z powyżej przytoczonych postanowień SIWZ wynika, że na ofertę w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego składa się więcej dokumentów (niż formularz ofertowy), gdyż z punktów tych wprost wynika, że oferta składa się nie tylko z formularza oferty, ale i innych dokumentów (sporządzonych według wzorów z SIWZ lub samodzielnie przez wykonawcę), które to dokumenty przynajmniej w części (załączniki 1A i „Metodologia”), co wydaje się być okolicznością bezsporną, składają się na treść oferty.

Według Odwołującego Konsorcjum Aecom złożyło wprawdzie jedną ofertę, ale składa się na nią kilka oświadczeń o różnej treści. Tymczasem przedstawiciel wykonawcy złożył swój podpis wyłącznie pod jednym z dokumentów zawierających jedno z wymaganych SIWZ oświadczeń, tj. pod formularzem oferty. Natomiast dokumenty zawierające pozostałe oświadczenia składające się na treść oferty – załączniki 1A i „Metodologia” – nie są podpisane, a jedynie parafowane, co nie spełnia wymogów wynikających z art. 78 § 1 kc.

Odwołujący zastrzegł, że pomimo połączenia ww. dokumentów z formularzem oferty nie można mówić o jednym integralnym dokumencie, gdyż nie jest to wielostronicowy dokument zawierający to samo oświadczenie woli. W tym przypadku mamy do czynienia z różnymi oświadczeniami woli, w tym część z nich, np. oświadczenie dotyczące planowanej do zastosowania metodologii, w ogóle nie musiały zostać przez wykonawcę złożone.

Odwołujący zarzucił, że z uwagi na brak wymaganej formy dla części oferty, załączników nr 1A do oferty i „Metodologii”, Konsorcjum Aecom nie powinno dostać żadnych

punktów w kryterium „Doświadczenia Personelu Wykonawcy” i „Metodologii”. Innymi słowy, zasadę, którą Zamawiający zastosował względem stron oferty, które zostały złożone w kserokopii, Zamawiający powinien rozciągnąć na wszystkie te dokumenty, oświadczenia wykonawcy, które nie zostały podpisane przez jego przedstawiciela (a wyłącznie parafowane).

{ad pkt 5 listy zarzutów}

zarzuty, że Konsorcjum Aecom nie spełnia warunku udziału w postępowaniu  
i wprowadziło Zamawiającego w błąd

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy mieli spełnić następujące warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wiedzy i doświadczenia.

Pkt 8.6.1. SIWZ-IDW:

*W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW Wykonawca wykaże, że:*

*1) wykonał, w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

*a) dwie dokumentacje projektowe (obejmujące co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy), każda w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej z których każda powinna obejmować:*

*- co najmniej 2 szlaki i 2 stacje*

*- minimum 30 km torów w zakresie prac dotyczących nawierzchni, podtorza, odwodnienia torów oraz przebudowy lub budowy sieci trakcyjnej wraz konstrukcjami wsporczymi*

*b) dwie dokumentacje projektowe (obejmujące co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy), każda w zakresie budowy lub przebudowy jednej stacji kolejowej (powyżej 16 rozjazdów) obejmującej: nawierzchnią, podtorze, odwodnienie, sieć trakcyjną z konstrukcjami wsporczymi, perony W zakres wykonania dokumentacji powinny wchodzić co najmniej dwa tory główne zasadnicze, dwa tory główne dodatkowe i trzy krawędzie peronowe;*

*c) dwie dokumentacje projektowe (obejmujące co najmniej projekt budowlany lub projekt wykonawczy), każda w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej 1 (jednego) LCS w obszar sterowania którego wchodziły:*

*- szlaki z zabudowaną samoczynną blokadą liniową na długości co najmniej 20 km,*

*- stacyjne urządzenie srk podlegające przebudowie na stacji liczącej co najmniej 16 zwrotnic*

*d) dokumentacje projektowe (obejmujące, co najmniej projekt budowlany i projekt*

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

*wykonawczy), łącznie obejmujące zakresem budowę obiektów typu:*

- 3 (trzy) mosty kolejowe o rozpiętości teoretycznej przęsła minimum 50 m,*
- 1 (jeden) wiadukt kolejowy lub estakadę kolejową o długości minimum 900 m,*
- 1 (jeden) tunel (kolejowy, drogowy lub metra) o długości co najmniej 500 m;*

*e) dwie dokumentacje projektowe (obejmujące co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie elektryfikacji lub przebudowy istniejącej sieci trakcyjnej o napięciu 3 kV prądu stałego na dwutorowych liniach kolejowych zawierających, każda w swym zakresie, łącznie co najmniej 2 (dwa) szlaki o długości co najmniej 8 km dla każdego z nich i 2 (dwie) stacje kolejowe.*

Według oświadczenia zawartego w JEDZ Konsorcjum Aecom potwierdzeniem spełniania warunków określonych w pkt 8.6.1. ppkt 1) lit. a), b) i e) IDW było doświadczenie Aecom Polska sp. z o.o. uzyskane przy realizacji zamówienia pn. *Wykonanie prac projektowych łącznie z uzyskaniem pozwoleń na budowę, opracowaniem materiałów przetargowych na roboty budowlane, przygotowaniem materiałów do uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i uzyskaniem tych decyzji, w ramach projektu POLiŚ 7.1-8 „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz – prace przygotowawcze”.*

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Aecom nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1. ppkt 1) lit. a), b) i e) IDW, względnie próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd, że warunki te są spełnione dzięki doświadczeniu posiadanemu Aecom Polska sp. z o.o., podczas gdy umowa ta nie została należycie wykonana.

Zawinione nienależyte wykonanie ww. zamówienia przez Wykonawcę potwierdza wyrok Izby z dnia 14 marca 2018 r. sygn. akt KIO 340/18 (który znany jest Odwołującemu tylko w części uzasadnienia nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa), gdzie wykazano, że Konsorcjum Aecom dopuściło się w 2014 i 2015 r. 590 dni zwłoki (m.in. zadanie 3.3 – opracowanie projektów budowlanych dla LCS Konin). W związku z tym Zamawiający PKP PLK naliczył 522150,00 zł kary umownej i wystawił notę obciążeniową, którą wykonawca odrzucił i wystąpił z wnioskiem o powołanie komisji do rozpatrzenia tego sporu. Spór stron obejmował również inne zadania i naliczone w związku ze zwłoką w ich wykonaniu kolejne kary. Komisja orzekła zwłokę Wykonawcy w zadaniu 2.1 (142 dni) i w zadaniu 2.2 (55 dni), w pozostałym zakresie prace komisji nie zostały, wedle wiedzy Odwołującego, zakończone. Wykonawca Aecom przekazał dokumentację projektową nie tylko z dużym opóźnieniem, ale również niskiej jakości i zawierającą wiele błędów m.in. kolizje systemów sterowania ruchem kolejowym, kolizje w ramach obiektów budowlanych, brak odwodnienia podtorza itd.

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

Stąd zastosowanie przyjętych przez Aecom w przekazanej dokumentacji rozwiązań technicznych prowadziłyby do katastrofy budowlanej.

Ze względu na zwłokę Aecom Zamawiający utracił dofinansowanie projektu POLiŚ 7.1-8 „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz – Prace Przygotowawcze” w kwocie 6089567 zł, gdyż warunkiem jego uzyskania było poniesienie wydatków kwalifikowanych, tj. dokonanie zapłaty za projekty, do 21 grudnia 2015 r., który to termin nie został zachowany z wyłącznej winy Konsorcjum Aecom.

13 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Aecom do zapłaty utraconego dofinansowania oraz do pokrycia dodatkowych kosztów – łącznie 66726567 zł.

Izba orzekła, że odwołujący nie wykazał, że zadanie pn. *Wykonanie prac projektowych łącznie z uzyskaniem pozwoleń na budowę, opracowaniem materiałów przetargowych na roboty budowlane, przygotowaniem materiałów do uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i uzyskaniem tych decyzji, w ramach projektu POKUŚ 7.1-8 „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz – Prace Przygotowawcze – LCS Konin”* wykonał w sposób należyty. (...) Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż opóźnienie w realizacji zadania 3.3 było spowodowane okolicznościami, za które odwołujący nie ponosi odpowiedzialności. (...) W ocenie Izby zamawiający zasadnie uznał, że odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek zawarty w 8.6.1. IDW i zasadnie wykluczył go z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanego wyżej przepisu [art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp].

W tej sytuacji, nie sposób przyjąć, że zadanie, o którym mowa, może potwierdzać spełnienie przez Konsorcjum Aecom warunków udziału w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Aecom nie tylko nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu tym zadaniem, ale także próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd, że zadanie to zostało należycie wykonane, co powinno skutkować jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, co następująco uargumentował.

Informacja wprowadzająca w błąd, która znalazła się w ofercie Konsorcjum Aecom, dotyczyła spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie kwestii kluczowej dla uznania, że wykonawca może uzyskać zamówienie.

Mając na uwadze okoliczności dotyczące zakresu i wagi zarzutów, jakie Zamawiający postawił wykonawcy Aecom, oraz uwzględniając wysokość roszczeń Zamawiającego względem niego, w tym fakt, że część z nich została przez komisję rozjemczą uznana



**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

za zasadne, nie sposób przyjąć, że profesjonalny wykonawca miał prawo przypuszczać, że wystąpienie takiej sytuacji pozwala na uznanie kontraktu za należycie wykonany.

Co równie istotne, bez prawnego znaczenia dla oceny podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp pozostaje zamiar wykonawcy.

Nawet gdyby zgodzić się, że Konsorcjum Aecom nie można przypisać celowego, zamierzonego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co najmniej można mu przypisać – ze względów powołanych powyżej – działanie lekkomyślne czy niedbałe w rozumieniu przyjmowanym przez Izbę w przywołanych orzeczeniach {w odwołaniu przywołano i zacytowano fragmenty uzasadnień wyroków Izby wydanych w następujących sprawach: 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17, 19 września 2017 r. sygn. akt KIO 1829/17, 9 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 531/18}.

Według Odwołującego okolicznością nie budzącą większych wątpliwości w orzecznictwie jest, że informacje odnoszące się do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp), zaś wprost są wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

{ad pkt 6 listy zarzutów}

#### zarzut zaistnienia dodatkowych podstaw wykluczenia Konsorcjum Aecom z postępowania

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zamawiający określił w pkt 8.1. IDW, że: *W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 (z wyłączeniem przesłanek określonych w ust. 1 pkt 13 lit. d i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust 1 pkt 13 lit d) oraz na podstawie art. 24 ust 5 pkt 1, 4, 5, 6, 7 i 8 oraz spełniający warunki udziału określone w pkt 8.2 IDW.*

Zgodnie z art. 24 ust 5 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia należy wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust, 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący zarzucił, że nienależyte wykonanie przez Aecom Polska sp. z o.o. omówionego w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu zamówienia powoduje, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp.

Odwołujący wywiódł, że według art. 483 § 1 kc {*Można zastrzec w umowie,*

*że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)} kara umowa stanowi surogat odszkodowania.*

Co do wypełnienia drugiej, kumulatywnie określonej przesłanki zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp tj. skutku w postaci zasądzenia odszkodowania, według Odwołującego należy wziąć pod uwagę niekorzystną dla wykonawcy decyzję wydaną przez komisję rozjemczą.

Zgodnie z treścią umowy w przedmiocie tego zamówienia publicznego:

*§19 Rozstrzyganie sporów*

*1. Zamawiający i Wykonawca podejmą starania w celu rozstrzygnięcia wszelkich sporów powstałych między nimi, a wynikających z realizacji niniejszej Umowy lub pozostających w pośrednim, bądź bezpośrednim związku z Umową, na drodze bezpośrednich negocjacji, zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym paragrafie.*

*2. Spory będą rozstrzygane każdorazowo przez komisję, której skład będzie wyznaczony wspólnie przez strony Umowy. Komisja będzie się składała ze stałej liczby przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, jednakże nie większej niż 4 osoby z każdej ze stron. Komisja może składać się również z osób, które są bezpośrednio zaangażowane w realizację Umowy.*

*3. W przypadku zaistnienia sporu, każda ze Stron przekazuje, po powołaniu Komisji, o której mowa w ust. 2 powyżej, pisemne stanowisko odnośnie sporu wraz z określeniem sposobu jego rozstrzygnięcia. Kopia pisma, o którym mowa w niniejszym ustępie, musi być przekazana jednocześnie do Komisji i drugiej Strony Umowy.*

*4. Komisja ma prawo Żądania od każdej ze Stron Umowy, złożenia dodatkowych wyjaśnień lub przedstawienia dodatkowych dokumentów, jeżeli będzie to niezbędne dla prawidłowego wyjaśnienia wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu.*

*5. W ciągu 30 dni komisja uzgodni opinię, co do sposobu rozstrzygnięcia sporu powstałego pomiędzy Stronami, która będzie zawierać uzasadnienie lub stwierdzi brak możliwości jej uzgodnienia.*

*6. Każda ze stron może skierować spór na drogę postępowania sądowego. Sądem właściwym jest sąd wskazany w § 21 ust. 4 Umowy.*

*§ 21 ust. 4: Sprawy sporne, z zastrzeżeniem § 19 powyżej, rozstrzygane będą przez sąd powszechny właściwy miejscowo dla siedziby Zamawiającego.*

Według Odwołującego przywołany powyżej § 19 umowy stanowi zapis na sąd polubowny, gdyż zgodnie z art. 1161 Kodeksu postępowania cywilnego strony mogą umówić się na poddanie sporów wynikłych z danej kwestii pod rozstrzygnięcie sądu polubownego.

Ponieważ wyrok sądu polubownego lub ugoda przed nim zawarta mają moc prawną

na równi z wyrokiem sądu lub ugodą zawartą przed sądem po ich uznaniu przez sąd albo po stwierdzeniu przez sąd ich wykonalności, nie ma zatem znaczenia, że sporu pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Aecom nie rozstrzygał dotychczas sąd powszechny, tylko arbitrażowy, gdyż przesłanka z art. 24 ust 5 pkt 4 pzp została spełniona. W art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp mowa jest bowiem o „zasądzeniu” odszkodowania, bez wskazania, że ma to nastąpić przed sadem powszechnym.

Również w tym przypadku według Odwołującego Konsorcjum Aecom próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu, tj. w oświadczeniu JEDZ nie wskazało na wyżej opisaną sytuację i podało, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. Stąd w ocenie Odwołującego Konsorcjum AECOM podlega wykluczeniu także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp.

Jedynie z ostrożności Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby informacji nieprawdziwej, wprowadzającej w błąd, nie można zastąpić informacją zgodną ze stanem faktycznym. W ślad za tym wykonawca, wobec którego stwierdzone zostało wprowadzenie zamawiającego w błąd nie może skorzystać z instytucji tzw. selfcleaningu, czyli po myśli art. 24 ust. 8 pzp przedstawić dowody, że podjął odpowiednie działania naprawcze, aby móc zostać uznany za wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu.

{KIO 1310/18}

2 lipca 2018 r. Odwołujący AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) {w skrócie, jak już powyżej wskazano: „Konsorcjum Aecom”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego – przez dokonanie oceny oferty Konsorcjum Aecom w pozacenowych kryteriach oceny ofert, „Metodologii” (podkryterium M2 „Organizacja Wykonawcy” dla „Kontraktu nr 1”) oraz „Doświadczenia personelu Wykonawcy” (podkryterium D5 „Doświadczenie Koordynatora w branży kolejowe sieci trakcyjne” dla „Kontraktu nr 1”), w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegające na

stwierdzeniu, że Konsorcjum Aecom załączyło do oferty kserokopie stron stanowiących podstawę do przyznania punktacji w tych kryteriach (str. 10 oraz 284 oferty), a w konsekwencji zawartość tych stron powinna zostać pominięta w procesie badania i oceny złożonej oferty, podczas gdy strony te, jako część opracowania złożonego z zachowaniem wymogu formy pisemnej, tj. podpisanego we właściwym miejscu przez osobę umocowaną do reprezentowania Konsorcjum Aecom, zostały złożone w oryginale, a zgodnie z zapisami SIWZ w postępowaniu nie było wymogu parafowania każdej strony oferty.

2. Z ostrożności – na wypadek gdyby Izba uznała, że w zakresie stron stanowiących podstawę do przyznania punktacji (str. 10 oraz 284 oferty), Odwołujący przedłożył kserokopie, zaś wymagane było przedłożenie oryginałów – art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oryginałów str. 10 oraz 284 oferty, pomimo iż zawierały one błędy i budziły wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, podczas gdy stanowią one inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, o których mowa w art. 26 ust. 3, a więc podlegają one uzupełnieniu na podstawie tego przepisu.
3. Art. 92 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez udostępnienie Odwołującemu informacji dotyczącej przyczyn nieprzyznania mu maksymalnej liczby punktów w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert „Metodologia” (podkryterium M1 „Kluczowe elementy Kontraktu” dla „Kontraktu nr 1” oraz „Kontraktu nr 2”) dopiero na ponawiane przez Odwołującego prośby i dopiero po dziesięciu dniach od zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany podać wyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne swojej decyzji już w momencie podjęcia tej czynności.
4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 – przez dokonanie oceny oferty Konsorcjum Aecom w pozacenowym kryterium oceny ofert „Metodologii” (w podkryterium M1 „Kluczowych elementów Kontraktu” dla „Kontraktu nr 1” oraz „Kontraktu nr 2”) w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegające na nieprzyznaniu maksymalnej liczby punktów, podczas gdy Konsorcjum Aecom wskazało w swojej ofercie kluczowe elementy dla każdego kontraktu spełniające wymagania określone przez Zamawiającego, a mając na uwadze sposób przyznawania punktów w tym kryterium (określony postanowieniami pkt 20.8.3. SIWZ), jego oferta powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów.
5. Art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z § 5 pkt. 1 oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia {dalej w uzasadnieniu również:

„rozporządzenie o dokumentach”) – przez przyjęcie, że Konsorcjum Egis wykazało brak podstaw do wykluczenia z postępowania wskutek przedłożenia dla administratora Egis Rail S.A., p. Michaela Augustine Adamsa, zaświadczenia o niekaralności obejmującego przestępstwa popełnione jedynie w stanie Virginia w Stanach Zjednoczonych, podczas gdy w Stanach Zjednoczonych wydaje się odrębne oświadczenia o niekaralności w zakresie przestępstw federalnych oraz stanowych, a ponadto zgodnie z odpisem z rejestru przedsiębiorców dla tej spółki osoba ta zamieszkuje na terytorium Wielkiej Brytanii, co w świetle przywołanych przepisów rozporządzenia o dokumentach skutkuje koniecznością przedłożenia urzędowego zaświadczenia o niekaralności wydanego przez władze Wielkiej Brytanii, a nie Stanów Zjednoczonych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania punktacji w ramach kryteriów: a) „Metodologii”, b) „Doświadczenia personelu Wykonawcy”, c) „Kluczowych elementów Kontraktu” na zasadach opisanych w uzasadnieniu odwołania, a w konsekwencji nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
3. W przypadku gdyby w wyniku dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oferta Konsorcjum Egis została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert – wezwania Konsorcjum Egis do uzupełnienia stosownego urzędowego dokumentu poświadczającego niekaralność administratora Egis Rail S.A.,p. Michaela Augustinea Adamsa, w zakresie określonym przepisami pzp.

Odwołania Konsorcjum Aecom zawiera w szczególności następujące uzasadnienie: zarzutów:

{ad pkt 1 listy zarzutów}

zarzut dotyczący nieprzyznania punktów

z uwagi na niewłaściwą formę dokumentów stanowiących podstawę ich przyznania

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

SIWZ nie zawiera wymagania (ani nawet zalecenia), aby wykonawcy parafowali każdą stroną oferty. Jedynie zgodnie z pkt 14.5. SIWZ parafowane powinny zostać wszelkie poprawki lub zmiany treści wpisywanych w ofercie .

Zgodnie z pkt. 20.8.3. instrukcji jednym z kryteriów oceny ofert jest „Metodologia”

(maksymalnie 25 pkt w odniesieniu do każdego „Kontraktu”), na którą składają się dwa podkryteria: „Kluczowe elementy Kontraktu” (maksymalnie 10 pkt w odniesieniu do każdego „Kontraktu”) oraz „Organizacja Wykonawcy” (maksymalnie 15 pkt w odniesieniu do każdego „Kontraktu”).

W celu otrzymania maksymalnej liczby punktów w podkryterium „Organizacji Wykonawcy” w ofercie należało wykazać, że czterech koordynatorów branż projektowych – kluczowy personel wskazany do realizacji zamówienia w ramach danego „Kontraktu” – zatrudniony jest na stałe bezpośrednio u Wykonawcy, tj. w ramach bezterminowej umowy o pracę.

W skład oferty Konsorcjum Aecom wchodził załącznik nr 11 p.t. „Opracowanie pisemne – Metodologia” (dalej również: „opracowanie”), zawierający wszelkie konieczne dane na potrzeby oceny w kryterium metodologii.

Strona 19 opracowania (str. 284 oferty) – zawierająca opis dotyczący „Organizacji Wykonawcy Kontraktu nr 1”, czyli dane kluczowych ekspertów w zakresie „Kontraktu nr 1” wraz ze wskazaniem, że będą oni zatrudnieni bezpośrednio przez Konsorcjum Aecom w ramach bezterminowej umowy o pracę, opatrzona została kopią parafy pełnomocnika Konsorcjum Aecom, p. Tomasza Gutkowskiego.

Zgodnie z pkt. 20.8.2. instrukcji jednym z kryteriów oceny ofert jest „Doświadczenie personelu Wykonawcy” (maksymalnie 30 punktów), na które składa się sześć podkryteriów, w ramach których możliwe było otrzymanie łącznie maksymalnie 100 małych punktów (mnożonych następnie przez współczynnik 0,3).

W podkryterium „Doświadczenia Koordynatora w branży kolejowe sieci trakcyjne” wykonawcy mieli otrzymać po 4 małe pkt za każde zadanie zrealizowane przez wyznaczoną na to stanowisko osobę, spełniającą parametry określone w SIWZ (łącznie maksymalnie 20 małych pkt).

W załączniku nr 1A do formularza ofertowego – „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Kontrakt 1)” (dalej: „wykaz osób”) Konsorcjum Aecom wskazało jako koordynatora w branży kolejowych sieci trakcyjnych p. Wiesławę Wypych i powołało się na jej doświadczenie w realizacji jednego zadania spełniającego parametry określone w SIWZ.

Podobnie jak w przypadku strony 19 Opracowania, na przedmiotowej stronie wykazu osób (str. 10 oferty Odwołującego), znalazła się kopia parafy p. Tomasza Gutkowskiego reprezentującego Konsorcjum Aecom.

Na tej podstawie Zamawiający uznał, że została mu przedłożona jedynie kserokopie tych stron i pominął zawarte na nich informacje, nie przyznając Odwołującemu punktów w podkryterium „Organizacji Wykonawcy” w odniesieniu do „Kontraktu nr 1” oraz

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

w podkryterium „Doświadczenia Koordynatora w branży kolejowych sieci trakcyjnych” w odniesieniu do „Kontraktu nr 1”.

Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem jako opartym wyłącznie na braku parafowania tych stron przez pełnomocnika Konsorcjum Aecom, przedstawiając następującą argumentację.

Skoro na str. 19 opracowania nie wprowadzono żadnych poprawek ani zmian w treści oferty, Odwołujący nie miał obowiązku jej parafowania.

Według Odwołującego istotne jest, że – poza kopią zamiast oryginału parafy– nie istnieją żadne inne różnice pomiędzy przedmiotową stroną opracowania a pozostałą jego częścią, w szczególności została sporządzona w formie wydruku komputerowego, zawiera oznaczenia firmowe, zostało określone jej miejsce w całości, zarówno opracowania, jak i oferty, dzięki nadaniu numerów porządkowych w ramach opracowania oraz oferty, objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego, a wreszcie został zszyta wraz z całością opracowania. Zdaniem Odwołującego strona ta nie stanowi odrębnej części oferty, a jedynie jedną z trzydziestu siedmiu stron opracowania, na którego końcu został złożony odręcznie podpis pełnomocnika Konsorcjum Aecom.

Tymczasem w orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, bezsporne pozostaje, że podpis złożony na końcu oświadczenia obejmuje całą treść go poprzedzającą, Skoro więc p. Tomasz Gutkowski złożył podpis na ostatniej stronie opracowania (które, co istotne, zostało zredagowane jako integralna, spójna całość), nie ulega wątpliwości, że doszło również do skutecznego złożenia oświadczenia w zakresie zatrudnienia kluczowego personelu w ramach bezterminowej umowy o pracę, zawartego na str. 19 opracowania, przy zachowaniu wymaganej przepisami pzp formy pisemnej.

W przeciwnym razie należałoby uznać, że w procesie badania i oceny oferty Odwołującego należy pominąć wszystkie strony oferty, pod którymi nie został złożony odręczny podpis p. Tomasza Gutkowskiego, czego Zamawiający jednak nie uczynił, w szczególności przyznając punkty w zakresie podkryterium „Organizacji Wykonawcy” w odniesieniu „Kontraktu nr 2” na podstawie str. 36 opracowania (str. 301 oferty), na której znalazło się identyczne w swojej treści oświadczenie co do zatrudnienia kluczowych ekspertów w ramach bezterminowej umowy o pracę, również niepodpisanej odrębnie, a jedynie parafowanej przez p. Tomasza Gutkowskiego.

Odwołujący podsumował, że zgodnie z zapisami SIWZ Konsorcjum Aecom powinna zostać przyznana maksymalna liczba punktów (15) w kryterium metodologii, podkryterium organizacji wykonawcy w zakresie kontraktu nr 1 i 4 małe punkty w podkryterium

doświadczenia koordynatora w branży kolejowych sieci trakcyjnych w odniesieniu do kontraktu nr 1, co przekłada się na 1,2 punktu w kryterium doświadczenia personelu wykonawcy.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

zarzut ewentualny dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnienia stron 10 oraz 284 oferty

Zdaniem Odwołującego wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 {dalej: „nowelizacja”), istotnej modyfikacji uległ art. 26 ust. 3 pzp. W porównaniu z poprzednim brzmieniem przedmiotowego przepisu ustawodawca dopuścił również możliwość uzupełniania oraz poprawiania „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”, jeżeli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie zawierają zamkniętego katalogu „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania“. W ocenie Odwołującego katalog ten powinien być interpretowany możliwie najszerzej i nie ma powodu aby do tej kategorii nie zaliczyć również części opracowania oraz wykazu osób.

Ponadto według Odwołującego *ratio legis* zakazu uzupełniania dokumentów stanowiących podstawę oceny ofert jest uniemożliwienie uzupełniania merytorycznej treści opracowań lub wykazów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, gdyż mogłoby to prowadzić do manipulowania wynikiem tej oceny po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w tym przypadku takie ryzyko nie istnieje, gdyż co najwyżej doszło do uchybienia formy prezentacji oświadczeń, które jest bez wpływu na możliwość odczytania ich treści, a uzupełnienie będzie dotyczyło tylko tego aspektu formalnego.

W tym kontekście Odwołujący podkreślił, że skoro do jego oferty zostały załączone strony zawierające kopię paraf, oczywiste jest, że już w dacie wykonania tych kopii istniały również te strony z oryginałem tych paraf.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Aecom do uzupełnienia oryginałów str. 10 i 284 w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a w razie przedstawienia oświadczeń tożsamyh co do treści z tymi, które zostały złożone wraz z ofertą, Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu wnioskowaną powyżej liczbę punktów.

{ad pkt 3 listy zarzutów}



zarzut zaniechania należytego uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Konsorcjum Aecom wskazało po 10 elementów kluczowych dla każdego z dwóch kontraktów.

W decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że przyznaje ofercie Konsorcjum Aecom 9 na 10 możliwych punktów w kryterium „Kluczowych elementów kontraktu”, zarówno w odniesieniu do „Kontraktu nr 1”, jak i „Kontraktu nr 2”, nie precyzując powodów przyznania akurat takiej punktacji.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie dodatkowych informacji, który ze zgłoszonych kluczowych elementów został zakwestionowany i dlaczego.

W odpowiedzi Zamawiający przekazał dodatkowe pismo pn. „Uzasadnienie nieprzyznania punktów w kryterium Metodologia” w którym stwierdził, że (...) *maksymalną możliwą ilością punktów do pozyskania były punkty przydzielone ofercie najlepiej ocenionej, w wyniku przeprowadzonej wyżej analizy, komisja przetargowa przydzieliła ofercie 9 punktów na 10 możliwych, porównując przydzielone punkty do ofert najlepiej ocenionej, tj. do oferty konsorcjum EGIS*

Ponieważ z przekazanych dodatkowo informacji wynikało jedynie, że punktacja oferty Konsorcjum Aecom została obniżona jedynie wskutek porównania jej z ofertą Konsorcjum Egis, Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o podanie uzasadnienia punktacji.

W odpowiedzi Zamawiający przekazał informację odnośnie liczby punktów przyznanej ofercie Konsorcjum Aecom przez każdego z członków komisji przetargowej, bez wskazania, czy i które kluczowe elementy kontraktu zostały zakwestionowane i z jakich powodów.

2 lipca 2018 roku, o godz. 13:57 (w dniu, w którym upływał termin wniesienie odwołania) Zamawiający przekazał Odwołującemu szczegółowe uzasadnienie odnośnie zakwestionowanych elementów kluczowych pn. „Szczegółowa punktacja w kryterium Metodologia”.

Odwołujący zarzucił, że udostępnienie mu informacji niezbędnych do sporządzenia skutecznego odwołania dopiero w 11 dniu po opublikowaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty najkorzystniejszej, zaledwie na niecałe 10 godz. przed upływem terminu na wniesienie odwołania od przedmiotowej decyzji, jest nie do pogodzenia z art. 92 ust 1 pkt 1 pzp, który obliuguje do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji już w momencie jej wydania.

Co równie istotne według Odwołującego, Zamawiający przekazał uzasadnienie

podjętej decyzji nie z własnej inicjatywy, a dopiero w reakcji na trzecią prośbę Konsorcjum Aecom.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 517/17), zgodnie z którym: (...) *zamawiający zobowiązany jest do informowania wykonawców o przyznanej punktacji w poszczególnych kryteriach oraz podania łącznej punktacji z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Wykonawca w takiej sytuacji powinien uzyskać od zamawiającego informacje, dlaczego w danym kryterium nie otrzymał maksymalnej punktacji i czym zamawiający kierował się przyznając mu taką a nie inną ilość punktów. A niedopełnienie tego obowiązku stanowi naruszenie zasady przejrzystości wprowadzonej do art. 7 ust. 1 pzp.*

Odwołujący zaznaczył, że niezależnie od powyższych okoliczności, w ramach kolejnego zarzutu odniósł się do argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej jako uzasadnieniu nieprzyznania punktów.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

zarzut błędnego obliczenia punktów w podkryterium kluczowych elementów kontraktu

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Według postanowień IDW w podkryterium „Kluczowych elementów kontraktu” (str. 32 IDW):

- wykonawca może uzyskać maksymalnie 10 pkt;
- za kluczowe mają być uznane wskazane przez wykonawcę elementy kontraktu, 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;
- każda z ofert będzie oceniała komisja składająca się z 6 członków, którzy będą dokonywali oceny prawidłowości wskazania kluczowych elementów kontraktu niezależnie od siebie;
- wykonawcy są zobowiązani do wskazania elementów, które uważają za kluczowe dla realizacji kontraktu, wraz z uzasadnieniem takiego wyboru;
- w tabeli określono metodę przyznawania pkt, w tym że każdy z członków komisji będzie przyznawał 1 pkt za każdy poprawnie wskazany kluczowy element kontraktu.

W utajnionej części odwołania w następujący sposób sprecyzowano zarzuty odnośnie punktacji przyznanej przez poszczególnych członków komisji.

Członek komisji nr 1.

Kluczowy element kontraktu nr 2 – konieczność wykonania prac zgodnie z instrukcjami i normami, które odnoszą się wyłącznie do sposobu opracowania wyników, jest czymś odmiennym od właściwej organizacji pracy opisanej jako element kluczowego elementu kontraktu nr 3. W przypadku pierwszego z wymienionych jako kluczowy elementu zadanie polega na selekcji odpowiednich norm i przepisów oraz wykonaniu na ich podstawie badań, zaś w przypadku drugiego – na doborze odpowiedniej technologii prac. Z tego powodu w ocenie Odwołującego nie doszło do zdublowania kluczowych elementów nr 2 i 3.

Kluczowy element kontraktu nr 6 – konieczność uwzględnienia w harmonogramie realizacji procedur uzyskania pozwoleń i uzgodnień wymaganych przepisami Prawa budowlanego jest zagadnieniem zupełnie odmiennym od prowadzenia polityki informacyjnej wskazanej jako element kluczowego elementu kontraktu nr 10. Polityka informacyjna polega bowiem przykładowo na organizowanie spotkań informacyjnych czy też prowadzeniu strony internetowej z bieżącymi informacjami dotyczącymi inwestycji, a nie na śledzeniu zmian legislacyjnych.

Członek komisji nr 2.

Kluczowe elementy kontraktu nr 2 i 6 – argumentacja jak wyżej.

Kluczowy element kontraktu nr 5 – zapis punktu 20.8.3. IDW nie wskazuje, że kluczowe elementy kontraktu nie mogą się pokrywać z elementami opisanymi w OPZ i Kontrakcie.

Kluczowy element kontraktu nr 7 – przedmiotowe ryzyko odnosi się do wyprzedzającej analizy w zakresie obiektów objętych ochroną konserwatorską, natomiast ryzyko nr 9 dotyczy możliwych zmian w prawie i przepisach techniczno-budowlanych. Z tego powodu w ocenie Odwołującego nie doszło do zdublowania kluczowych elementów nr 7 i 9, co miałyby być powodem nieprzyznania punktu za kluczowy elementu kontraktu nr 7.

Członek komisji nr 3.

Kluczowe elementy kontraktu nr 2, 5, 6, 7 oraz 9 – wbrew ocenie członka komisji zapis pkt 20.8.3 IDW nie wskazuje, że kluczowe elementy kontraktu nie mogą się pokrywać z elementami opisanymi w OPZ i „Kontrakcie”.

Odwołujący podsumował, że z powyższych względów Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert zgodnie z zapisami SIWZ i w ramach kwestionowanego kryterium przyznać Konsorcjum Aecom po 1 małym pkt w ramach kwestionowanych powyżej ocen, co skutkowałoby otrzymaniem po 10 pkt za „Kontrakt nr 1” i „Kontrakt nr 2” w przedmiotowym podkryterium w ramach „Kryterium Metodologii”.

{KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18}

Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia Konsorcjum Egis i Konsorcjum Aecom przystąpień do postępowania odwoławczego w sprawach, w których nie wniosły same odwołania, po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ zastrzeżenia formalne zgłoszone przez Odwołującego Konsorcjum Aecom względem przystąpienia Konsorcjum Egis opierały się na tych samych podstawach faktycznych, co wniosek o odrzucenie jego odwołań, w tym zakresie motywy, którymi kierowała się Izba nie uwzględniając tych wniosków są takie same {i zostały zaprezentowane poniżej}.

Każdy z przystępujących wnosił o oddalenie odwołania.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Na posiedzeniu z udziałem Stron Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Konsorcjum Aecom o odrzucenie obu odwołań Konsorcjum Egis na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp jako wniesione przez podmiot nieuprawniony z uwagi na podpisanie przez pełnomocnika, który był umocowany jedynie do złożenia odwołania w imieniu Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie.

Izba stwierdziła, że skoro wpierw pozostałe dwie spółki ustanowiły pełnomocnikiem konsorcjum Egis Rail, nie ma podstaw, aby odczytywać udzielone następnie przez tę spółkę osobie fizycznej pełnomocnictwo (które zgodnie z wolą mocodawcy w przypadku jakichkolwiek wątpliwości należy interpretować mając na uwadze wykonanie przez pełnomocnika powierzonych mu zadań w jak najpełniejszy sposób) do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, a także do składania środków ochrony prawnej w związku z tym postępowaniem, inaczej niż jako udzielenie tej osobie umocowania do występowania w imieniu całego Konsorcjum Egis.

Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego Konsorcjum Aecom

**Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18**

o odrzucenie drugiego odwołania Konsorcjum Egis na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako wniesionego po upływie 10-dniowego terminu liczonego od przesłania zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania.

Izba stwierdziła, że z treści obu odwołań wynika, że po przesłaniu 21 czerwca 2018 r. zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający jeszcze dwukrotnie, 25 czerwca i 2 lipca 2018 r. przesyłał uszczegółowienie pierwotnie przesłanego zawiadomienia w zakresie uzasadnienia faktycznego dokonanej oceny ofert. Tym samym wniesienie przez Konsorcjum Egis 5 lipca 2018 r. odwołania od tej oceny nastąpiło przed upływem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp.

Izba nie uwzględniła również wniosku Zamawiającego o uznanie za spóźnione zarzutów pierwszego odwołania Konsorcjum Egis dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Aecom, uznając że jest on bezprzedmiotowy {o czym szerzej poniżej w ramach rozpoznania tego zarzutu}.

Zuwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień i dalszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro są jedynymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołań naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą mieć znaczenie dla ustalenia, która z dwóch ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, mogą w związku z tym ponieść szkodę wyrażającą się w nieuzyskaniu tego zamówienia.

Izba zważyła, że gdy o wyborze najkorzystniejszej oferty decyduje nie tylko cena, ale i inne kryteria, a zarzuty dotyczą punktacji przyznanej właśnie w tych pozacenowych kryteriach, w sytuacji gdy Konsorcjum Aecom wniosło odwołanie kwestionujące wybór oferty Konsorcjum Egis, dla obrony interesu tego ostatniego nie jest wystarczające zgłoszenie

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

przystąpienia po stronie Zamawiającego. Nie można zatem odmówić Konsorcjum Egis legitymacji do wniesienia własnych odwołań, które obejmują zarzuty zawyżenia punktacji Konsorcjum Aecom, a także zarzuty dotyczące wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w stosunku do Konsorcjum Aecom.

Z tych względów Izba nie podzieliła oceny Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum Aecom, że Konsorcjum Egis jako wybrany wykonawca nie ma legitymacji do wniesienia odwołań.

{KIO 1303/18}

{ad pkt 1 listy zarzutów}

zarzut braku prawidłowego uzasadnienia oceny w kryteriach pozacenowych

Nie ma potrzeby dokonywania ustaleń ponad okoliczności, które Izba powyżej ustaliła na podstawie treści odwołania.

Izba stwierdziła, że pomimo nagłówka sugerującego kwestionowanie sposobu uzasadnienia punktacji w ramach wszystkich kryteriów innych niż cena, zarzut został sprecyzowany jedynie w odniesieniu do kryterium doświadczenia personelu wykonawcy, a konkretnie – uzasadnienia oceny w podkryterium doświadczenia koordynatora projektu.

Zarzut okazał się niezasadny, gdyż lapidarne {na marginesie – wbrew obiegowej opinii określenie „lakoniczny” też nie ma w jęz. polskim pejoratywnego wydźwięku} uzasadnienie, że „z informacji uzyskanych przez Zamawiającego osoba proponowana na ww stanowisko nie pełniła funkcji Koordynatora”, jest jednoznaczne, jasne i zrozumiałe.

A co najważniejsze – adekwatnie prezentuje powód, dla którego Zamawiający nie uznał niektórych spośród zadań zgłoszonych w wykazie przez Konsorcjum Egis na poczet tego podkryterium.

Dowodem na to, że podane uzasadnienie było wystarczające, jest fakt, że odwołanie zawiera obszernie uargumentowany zarzut podważający powyższe rozstrzygnięcie Zamawiającego.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

zarzuty zaniżenia punktacji Konsorcjum Egis w kryterium doświadczenia personelu wykonawcy w podkryteriach: a) D1 – doświadczenia koordynatora projektu (kontrakt 1), b) D1 – doświadczenia koordynatora projektu i D2 doświadczenia głównego projektanta

(kontrakt 1), c) w podkryterium D4 – doświadczenia koordynatora w branży mostowej

Nie ma potrzeby dokonywania ustaleń ponad okoliczności, które Izba powyżej ustaliła na podstawie treści odwołania.

Żaden z trzech rodzajów sprecyzowanych w uzasadnieniu odwołania zarzutów nie okazał się zasadny, gdyż w każdym przypadku Odwołujący *de facto* domaga się, aby jego oferta została oceniona w sposób, który nie odpowiada treści opisu zawartego w instrukcji dla wykonawców w odniesieniu do danego podkryterium.

W podkryterium D1 wymagane było doświadczenie na stanowisku „Koordynatora Projektu”, czyli na stanowisku o tak określonej nazwie własnej. Już z tego wynika, że chodzi o doświadczenie na stanowisku formalnie ustanowionym przez i wobec zamawiającego (inwestora przedsięwzięcia) na potrzeby realizacji konkretnego zadania (zamówienia), a nie wyłącznie w stosunkach wewnętrznych wykonawców zamówienia. Skoro według treści odwołania w przypadku zadań (zamówień) nieuwzględnionych przy ocenie doświadczenia osoby X PKP PLK jako zamawiający nie przewidywał takiego stanowiska, obiektywnie nie ma możliwości powoływania się na poczet spełnienia tak określonego kryterium, że dana osoba według oceny wykonawców faktycznie wykonywała koordynację projektów, które były opracowywane w ramach realizacji tych zamówień.

Stąd bez znaczenia dla sprawy są przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie oświadczenia wykonawców lub podwykonawców, których słusznie Zamawiający nie wziął pod uwagę przy punktowaniu doświadczenia osoby X, gdyż stanowią one co najwyżej dodatkowe potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego koordynatora projektu. Wyjątkiem jest zadanie, w którego przypadku sam Zamawiający wskazał w toku rozprawy, że występowała tam funkcja kierownika projektu {pkt 3 zestawienia złożonego na rozprawie}, jednak Zamawiający na etapie badania oferty ustalił, że nie pełniła jej osoba X, na co przedstawił dowód {wydruk korespondencji elektronicznej z pracownikami Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie Region Północny w Gdańsku PKP PLK S.A.}.

W tym kontekście odwołanie zawiera argumentację, że sposób prowadzenia oceny w powyższym podkryterium był niespójny z oceną spełniania warunku udziału, gdyż w ramach tej ostatniej Zamawiający uznał zadania, których nie uwzględnił przy przyznawaniu punktacji. Jak się okazało, Odwołujący nieprzypadkowo poprzestał na takim enigmatycznym sformułowaniu zarzutu, gdyż Zamawiający zestawiał w odpowiedzi na odwołanie (w tabeli na str. 8) brzmienie opisu sposobu oceny dla warunku udziału i podkryterium, co uwypukla zasadniczą różnicę pomiędzy nimi – konieczne było wykazanie się doświadczeniem w faktycznym kierowaniu zespołem projektowym, natomiast dodatkowo punktowane było,

jeżeli wynikało to z formalnego pełnienia stanowiska koordynatora projektu.

W planie ogólnym umknęło zatem uwadze Odwołującego, że pomimo pewnej zbieżności celu stawiania warunków udziału i kryteriów oceny ofert – wyboru wykonawcy zamówienia, o ile te pierwsze służą wyłonieniu wykonawcy zdolnego do tego, o tyle te drugie mają gwarantować wybór najlepszego spośród takich wykonawców. Stąd oczywiste jest, że opisy sposobu oceny spełniania warunków i kryteriów wręcz nie powinny być tożsame, a w ramach kryteriów punktowane powinno być coś więcej niż standard wymagany obligatoryjnie jako warunek odcinający.

Zarówno dla podkryterium D1, jak i podkryterium D2 przewidziany w instrukcji dla wykonawców (załączniku nr 1A do IDW) sposób wykazania posiadania punktowanego doświadczenia wymagał dla potwierdzenia, że w oparciu o przedstawione projekty uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, podania danych identyfikujących (nr pozwolenia, daty wydania i organu wydającego). Niesporne jest, że Odwołujący nie podał tych danych dla niektórych zadań, powołując się na „brak możliwości pozyskania decyzji ze względu na odległość czasową”.

Izba zważyła, że skoro wymóg był znany od momentu udostępnienia instrukcji dla wykonawców i nie został zaskarżony, stał się obowiązujący, zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. W rezultacie obowiązkiem każdego wykonawcy, który aplikuje o przyznanie dodatkowej punktacji, było podanie danych, które były wymagane dla jej przyznania. Z kolei obowiązkiem Zamawiającego było przeprowadzenie oceny wyłącznie na podstawie informacji przedstawionych przez wykonawców, a nie uzupełnianie ich z urzędu w odniesieniu do niektórych z nich, co w oczywisty sposób kłóciłoby się z naczelną zasadą równego traktowania wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu.

Jednocześnie postępowania dowodowe wykazało, że Odwołujący poczynił starania, aby ustalić te dane dopiero na kilka dni przed upływem terminu składania ofert. Okazało się również, że gdyby Odwołujący wystąpił do PKP PLK z odpowiednim wyprzedzeniem w trybie dostępu do informacji publicznej, mógłby otrzymać na czas potrzebne informacje.

Ponadto z zestawienia decyzji o pozwoleniu na budowę złożonego przez Konsorcjum Egis dopiero na rozprawie i w odniesieniu do niektórych pozycji wykazu wynika, że w wielu przypadkach zostały one wydane wiele lat po wykonaniu dokumentacji projektowych, co budzi poważne wątpliwości co do tego, czy można je zakwalifikować jako wydane na podstawie tych opracowań projektowych.

Reasumując, Odwołujący nie może czynić Zamawiającemu zarzutu z niedochowania przez siebie należytej staranności w dbaniu o własny interes, przejawiający się w dążeniu do uzyskania jak najlepszej punktacji.



**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

Z opisów podkryteriów i sposobu potwierdzenia posiadania punktowanego doświadczenia przewidzianych w instrukcji dla wykonawców i wzorze załącznika nr 1A do IDW wynika, że w podkryterium D4 4 dodatkowe pkt można było otrzymać za każde zadanie obejmujące opracowanie dokumentacji projektowej w branży mostowej (projekt budowlany i wykonawczy) z uzyskanymi ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę, która obejmowała takie obiekty budowlane, jak trzy mosty kolejowe lub jeden wiadukt (estakadę) lub jeden tunel. Oznacza to, że nie przewidziano dodatkowego punktowania zadania, w którego ramach opracowano dokumentację projektową nie tylko dla jednego z tych trzech rodzajów obiektów czy dla większej liczby obiektów danego rodzaju niż wymagana.

Jeżeli Odwołujący uważał, że taki sposób oceny nie uwzględnia sytuacji, jaką opisał w odwołaniu, winien w stosowanym czasie zaskarżyć te postanowienia specyfikacji, czego nie uczynił, co spowodowało, że zasady oceny opisane w i.d.w. stały się wiążące zarówno dla organizatora postępowania, jak i jego uczestników.

W przekonaniu Izby również ze sposobu wypełnienia dla osób Y i Z tabeli nie sposób odczytać, że Konsorcjum Egis zgłasza odrębnie dokumentację wykonaną dla poszczególnych obiektów. Wręcz przeciwnie, podanie jednej i tej samej nazwy dokumentacji projektowej i uszczegółowienie w dalszych kolumnach, jakiego rodzaju obiekty obejmowała, a na końcu wskazanie jednego i tego samego pozwolenia na budowę (lub zaznaczenie, że w danym kraju się go nie wydaje) stanowi po prostu wypełnienie zgodnie z opisem kolumn formularza przygotowanego jako podstawa do prowadzenia oceny w sposób opisany w i.d.w.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

#### zarzut niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Aecom

Nie ma potrzeby dokonywania ustaleń ponad okoliczności, które Izba powyżej ustaliła na podstawie treści odwołania.

Z uwagi na stanowisko Zamawiającego, domagającego się odrzucenia odwołania w tym zakresie, celowe jest uwypuklenie odrębności aktualnie stawianego zarzutu od tego, który był zawarty w poprzednim odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum Egis (sprawa prowadzona pod sygn. akt KIO 472/18). Nowy zarzut dotyczy informacji zawartych w dokumentach, które zostały złożone przez Konsorcjum Aecom na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp, czyli nowych w stosunku do tych złożonych w ofercie. Skoro dokumenty te pojawiły się w wyniku czynności przeprowadzonej już po

zakończeniu poprzedniej sprawy odwoławczej, nie sposób twierdzić, że utajnienie zawartych w nich informacji było lub mogło być przedmiotem zarzutu poprzedniego odwołania.

Z drugiej strony oznacza to, że nie również podstaw, aby formalnie rozciągać skutki uznania zarzutu niezasadnego utajnienia informacji w wykazie usług zawartym w JEDZ Konsorcjum Aecom na wykaz usług o rozszerzonej treści złożony później.

Natomiast okoliczność, że przy składaniu zupełnie nowych dokumentów Konsorcjum Aecom, w ramach wykazania, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, odesłało do uzasadnienia złożonego wraz z ofertą, ma znaczenie dla merytorycznego rozpoznania zarzutu.

Izba zważyła, że w tym zakresie odpowiedź na odwołanie w ogóle nie odnosi się do istoty zarzutu odwołania, ograniczając się do oświadczenia, że zdaniem Zamawiającego Konsorcjum Aecom skutecznie zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wiadomo również, co miałyby wnosić do sprawy okoliczność, że Konsorcjum Egis zastrzegło analogiczny zakres informacji. Skuteczność zastrzeżenia należy badać przez pryzmat uzasadnienia podanego przez danego wykonawcę, tymczasem Zamawiający nawet nie próbuje analizować, a tym bardziej porównywać ze sobą otrzymanych uzasadnień.

Natomiast stanowisko Przystępującego oparte jest na oczywiście błędnej interpretacji art. 11 ust. 4 uznk, zgodnie z którą przesłanka posiadania wartości gospodarczej miałyby się odnosić wyłącznie do informacji innego rodzaju niż przykładowo wymienione w przepisie. Przystępujący niejako potwierdza zatem, że nie wykazał w uzasadnieniu złożonym wraz z ofertą, że informacje zawarte w wykazie doświadczenia mają wartość gospodarczą.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum Aecom przedstawiło co prawda obszerną, ale ogólnikową argumentację, która w dodatku rzeczywiście stała się bezprzedmiotowa z chwilą, gdy nie zgłosiło sprzeciwu co do ujawnienia podstawowych danych identyfikujących zadania zgłoszone na poczet wykazania spełnienia warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia.

Na podstawie podtrzymanego bez żadnych uzupełnień, pomimo zmiany okoliczności, uzasadnienia złożonego wraz z ofertą nie sposób stwierdzić spełnienia żadnej z przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wynikających z art. 11 ust. 4 uznk. Skoro nazwy projektów i zamawiających zostały już odtajnione, nie wiadomo jaką wartość gospodarczą dla Konsorcjum Aecom miałyby mieć informacje konkretyzujące zakres wykonanych opracowań projektowych pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wątpliwe jest również, aby takie wciąż podstawowe informacje dotyczące kontraktów realizowanych na rzecz tego typu zamawiających jak operatorzy czy zarządcy infrastruktury kolejowej w danym państwie nie były dostępne w zwykłej drodze. Wreszcie trudno sobie wyobrazić, aby istniała możliwość podjęcia skutecznych działań w celu

zachowania poufności podstawowych informacji związanych z inwestycjami dotyczącymi infrastruktury kolejowej w danym kraju, które zawsze budzą zainteresowanie opinii społecznej, a tym samym są przedmiotem doniesień i analiz dziennikarzy.

Wreszcie w odniesieniu do referencji, które w języku angielskim wprost rozpoczynają się od zwrotu, że kierowane są do wszystkich zainteresowanych, nie sposób stwierdzić, aby ich wystawca uważał, że ich treść stanowi tajemnicę.

Jednakże powyższe względy przemawiają za tym, że Odwołujący mógł na podstawie dotychczas odtajnionych informacji zweryfikować, czy zamówienia te pod względem zakresu rzeczowego i należytego wykonania mogą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dobitnie świadczy o tym fakt, że w odniesieniu do trzeciej pozycji poczynił ustalenia znacząco wykraczające poza to, co mógł wyczytać w wykazie złożonym przez konkurenta. Stąd bezprzedmiotowa jest argumentacja odwołania, jakoby zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia dodatkowych w stosunku do JEDZ informacji dotyczących usług wykonanych przez Konsorcjum Aecom uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację, czy istotnie wykazało ono spełnienie warunków udziału.

W konsekwencji, pomimo że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 pzp przez nieudostępnienie pełnej treści wykazów usług i dokumentów na potwierdzenie ich należytego wykonania, uznać należy, że nie miało to wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

{ad pkt 5 i 6 listy zarzutów}

zarzuty niespełniania przez Konsorcjum Aecom warunku udziału w postępowaniu  
i wprowadzenia przez nie w błąd Zamawiającego  
oraz zaistnienia dodatkowych podstaw jego wykluczenia z postępowania

Art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp stanowi w szczególności, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że dla wykazania spełnienia warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 8.6.1. ppkt 1) lit. a), b) i e) instrukcji dla wykonawców wystarczające było wykonanie dwóch dokumentacji projektowych. Z kolei wykazy złożone przez Konsorcjum Aecom (wg wzoru z załącznika nr 7 do i.d.w.) w celu wykazania spełnienia tych warunków obejmują 5 lub 6 (dot. warunku z lit. b) pozycji, z których każda dotyczy innej dokumentacji projektowej. Ponadto Zamawiający podał w odpowiedzi na odwołanie, że objęta zarzutami poz. 3 tych wykazów „nie stanowiła podstawy badania oferty” Konsorcjum Aecom.

Izba zważyła, że skoro podstawą faktyczną zarzutu jest wyłącznie jedna pozycja tych wykazów, a odwołanie nie zawiera zarzutów dotyczących pozostałych dokumentacji {których dokładna nazwa oraz nazwa podmiotu, na którego rzecz zostały wykonane, oraz termin ich wykonania, jak już powyżej wskazano, były znane Odwołującemu}, oczywiście bezzasadny jest zarzut niewykazania przez Konsorcjum Aecom powyższych warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia.

Według art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu (...) {pkt 16} lub który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Izba ustaliła, że w poz. 3 wykazów złożonych dla wykazania spełnienia warunków z pkt 8.6.1. ppkt 1) lit. a), b) i e) Konsorcjum Aecom podało jako nazwę dokumentacji projektowej „Modernizację linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz – prace przygotowawcze, LCS Łowicz”. Identyczna informacja uprzednio została podana jako element opisu zamieszczonego w JEDZ złożonym w ofercie dla Aecom Polska {str. 32 oferty}. Podczas rozprawy okazało się, że nazwa ta wskazuje na jeden spośród objętych zamówieniem (o pełnej nazwie zacytowanej w odwołaniu) tzw. kontraktów (dotyczący odcinka w obrębie lokalnego centrum sterowania w Łowiczu), którego należyte wykonanie nie było i nie jest przedmiotem sporów pomiędzy PKP PLK a Aecom Polska jako stron umowy nr 90/122/0006/12/Z/I z 24 października 2012 r.

W tych okolicznościach Izba zważyła, że *stricte* Konsorcjum Aecom nie podało nieprawdziwej informacji, gdyż wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, na poczet spełniania warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia nie zgłoszono dokumentacji projektowych dotyczących odcinka w obrębie LCS Konin, co do których należytego wykonania strony powyższej umowy pozostają w sporze. W tym kontekście umknęło uwadze Odwołującego, pomimo zacytowania w odwołaniu brzmienia tych warunków udziału, że odnoszą się one do wykonania dokumentacji projektowych, a nie umów (zamówień).

Ponadto skoro Zamawiający na podstawie innych pozycji wykazów ocenił, że Konsorcjum Aecom spełnia warunki udziału, a jednocześnie ten sam Zamawiający jest w sporze z Aecom Polska co do należytego wykonania przywołanej umowy w odniesieniu do innych zadań (niż to, w którego ramach wykonano należycie dokumentację projektową), obiektywnie nie mogło dojść do wprowadzenia go w błąd, a informacje podane przez

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

Konsorcjum Aecom w aktualnie prowadzonym postępowaniu obiektywnie nie mogły mieć nie tylko istotnego, ale żadnego wpływu na taką decyzję Zamawiającego.

Art. 24 ust 5 pkt 4 pzp stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Izba ustaliła, że wyrokiem z 14 marca 2018 r. (wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 340/18) oddalone zostało odwołanie obejmujące zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w związku z nieuznaniem przez niego, że zgłoszona na poczet spełniania warunków udziału obowiązujących w tamtym postępowaniu usługa wykonania dokumentacji projektowej dla odcinka LCS Konin (czyli zadania nr 3.3 i 5.3 w ramach wspomnianej powyżej umowy) została należycie wykonana.

Izba zważyła, że skoro powyższa sprawa odwoławcza w ogóle nie dotyczyła ani przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, ani dokumentacji projektowej dla odcinka LCS Łowicz, oczywiście bezprzedmiotowa jest argumentacja Odwołującego z rozprawy jakoby w odniesieniu do tych kwestii zaistniała powaga rzeczy osądzonej.

W toku rozprawy niesporne było, że pomimo skierowania 13 grudnia 2017 r. do Aecom Polska wezwania do zapłaty utraconego dofinansowania projektu POLiŚ 7.1-8 pn. „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz – prace przygotowawcze” oraz pokrycia dodatkowych kosztów (łącznie opiewającego na blisko 6,7 mln zł), jak dotychczas Zamawiający nie wystąpił z takim roszczeniem do sądu powszechnego.

Ponadto bezsporna była okoliczność, że nie doszło do rozwiązania powyżej przywołanej umowy.

Izba stwierdziła, że wbrew temu, co wywiedziono w odwołaniu, po pierwsze – jak dotychczas nie doszło również do zasądzenia na rzecz PKP PLK odszkodowania, gdyż co prawda Zamawiający wystawił noty obciążeniowe, jednak na tym poprzestał, a ich zasadność jest kwestionowana przez Aecom Polska, i to ten wykonawca jako strona umowy wytoczył PKP PLK sprawę w sądzie powszechnym {vide załączone do pisma Przystępującego pozew i pismo rozszerzające powództwo}.

Po drugie – adekwatnie zacytowany w odwołaniu § 19 umowy nie stanowi zapisu na sąd polubowny w rozumieniu art. 1161 Kodeksu postępowania cywilnego {dalej: „kpc”}, a jedynie reguluje procedurę rozstrzygania sporów w drodze negocjacji przeprowadzonych

przez przedstawicieli obu stron umowy w ramach powoływanej w tym celu *ad hoc* komisji rozjemczej. Przy czym przewidziano, że jej prace mogą zakończyć uzgodnieniem opinii (czego nie sposób utożsamiać z wyrokiem, który zawsze ma charakter stanowczego rozstrzygnięcia) lub wręcz brakiem jakiegokolwiek uzgodnienia, czyli po prostu, że rokowania te mogą zakończyć się fiaskiem. Innymi słowy strony umówiły się, że zanim skierują spór na drogę sądową, w pierwszej kolejności spróbują go we własnym zakresie rozwiązać polubownie, co nie należy mylić z zapisem na sąd polubowny, o którym mowa w powyższym przepisie Kpc.

Przed wszystkim rozumowanie zaprezentowane w odwołaniu przechodzi do porządku dziennego nad tym, że skutkiem zapisu na sąd polubowny nie jest co prawda niedopuszczalność drogi sądowej, jednak sąd powszechny odrzuca pozew, jeżeli zarzut właściwości sądu polubownego zostanie zgłoszony przez stronę pozwaną, co wprost wynika z art. 1165 § 1 kpc. Jest to więc zupełnie odmienna konstrukcja prawna od regulacji przewidzianej w § 19 ust. 6 w zw. z § 21 ust. 4 wspomnianej umowy, gdzie wprost wskazano na uprawnienie każdej ze stron do skierowania sporu na drogę sądową, niezależnie od tego, czy prace komisji rozjemczej zakończyły się wydaniem opinii.

Odwołujący zdaje się nie rozumieć istoty sądu polubownego jako organu równie niezależnego od stron jak sąd powszechny. Stąd zgodnie z art. 1174 § 1 kpc każda osoba powołana na arbitra składa na piśmie każdej ze stron i pozostałym arbitrom oświadczenie o swojej bezstronności i niezależności, a także ma obowiązek niezwłocznie ujawnić stronom wszystkie okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jej bezstronności lub niezależności. Natomiast z art. 1174 § 2 kpc *a contrario* wynika, że gdy zachodzą okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra, podlega on wyłączeniu. Tymczasem omawiana regulacja umowna wprost przewiduje, że w skład komisji rozjemczej wchodzi przedstawiciele obu stron umowy, w tym mogą to być osoby bezpośrednio zaangażowane w jej wykonywanie, czyli z założenia nie są to osoby bezstronne i niezależne od stron sporu, na którego temat mają wydać opinię.

Wreszcie należy zauważyć, że Odwołujący nie jest stroną umowy, w przeciwieństwie do Zamawiającego i Aecomu Polska, którzy zgodnie uważają, że nie umówili się na sąd polubowny, nad czym trudno przejść do porządku dziennego.

W konsekwencji niezasadny jest również zarzut, że Konsorcjum Aecom podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp za niezgodne z prawdą oświadczenie w JEDZ przez Aecom Polska, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. Art. 24 ust 5 pkt 4 pzp.

Niezależnie od powyższego okazało się, że zarzut ten jest bezprzedmiotowy, gdyż Aecom Polska nie wypełniło JEDZ w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia {vide str. 28

**Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18**

oferty}}, co najwyraźniej zostało przeoczone przez Zamawiającego, który nie wzywał w tym zakresie Konsorcjum Aecom do uzupełnienia tego braku w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Stan rzeczy jest więc taki, że Aecom Polska odnośnie pytania, czy jako wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z Zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową (brzmienie opisu rubryki w JEDZ), nie udzieliło żadnej odpowiedzi.

{KIO 1303/18, KIO 1310/18}

{ad pkt 4 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Egis  
oraz pkt 1 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Aecom }

zarzuty zawyżenia (KIO 1303/18) lub zaniżenia (KIO 1310/18)  
punktacji oferty Konsorcjum Aecom z uwagi na sposób jej podpisania

Zgodnie z art. 18 pkt 4 ustawy zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) {dalej: „ustawa nowelizująca pzp”} w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r. oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo – za zgodą zamawiającego – w postaci elektronicznej, podpisane odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Według art. art. 78 § 1 zd. 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, do którego odsyła art. 14 pzp w odniesieniu do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieuregulowanych odmiennie w pzp, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Powyższa regulacja Kodeksu cywilnego nie ma charakteru dyspozytywnego, a stanowi *ius cogens*, co oznacza, że nawet przy zgodnej woli stron danego stosunku prawnego nie mogą one odmiennie uregulować, co będą poczytywać za formę pisemną czynności prawnej.

W konsekwencji wszelkie regulacje odnośnie sposobu podpisania oferty zamieszczane typowo przez zamawiających w ramach instrukcji dla wykonawców

specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają właśnie jedynie charakter instrukcyjny, gdyż ewentualne niedopełnienie przewidzianych tam dodatkowych formalności (żeby nie powiedzieć formalizmów) nie ma wpływu na ważność oferty, jeżeli tylko została własnoręcznie podpisana.

Ponadto – wbrew odmiennemu stanowisku zaprezentowanemu w odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum Aecom – przepisy wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) znajdują zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia, gdyż taki jest zakres zastosowania art. 25 ust. 1 pzp. Nie może być zatem mowy o odpowiednim stosowaniu zamieszczonych tam przepisów w odniesieniu do innych oświadczeń składanych przez wykonawców niż wprost uregulowane w tym rozporządzeniu wykonawczym w ramach delegacji wynikającej z art. 25 ust. 2 pzp, która uprawnia do określenia formy, w jakiej mają być składane, wyłącznie w odniesieniu do tych trzech kategorii dokumentów wyszczególnionych w art. 25 ust. 1 pkt 1-3 pzp.

Innymi słowy zakres zastosowania powyższego rozporządzenia i przepisów odnośnie formy pisemnej oferty jest rozłączny, a dla rozstrzygnięcia, czy wykonawca złożył ofertę, czyli swoje oświadczenie woli, w odpowiedniej formie, znaczenie ma wyłącznie przywołana regulacja kodeksu cywilnego o charakterze *ius cogens* (na marginesie można dodać, że regulacja kodeksowa ma również pierwszeństwo w stosunku do wspomnianego rozporządzenia jako wynikająca z aktu prawnego wyższej rangi w systemie źródeł prawa). Wbrew zatem zapatrywaniu Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, nie ma w tym zakresie żadnej luki w przepisach, która wymagały usunięcia na przykład przez odpowiednie stosowanie przepisów.

Ponieważ zarzuty będące przedmiotem rozpoznania w tej sprawie nie dotyczą dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, podstawą prawną ich rozstrzygnięcia są przywołane powyżej przepisy art. 18 pkt 4 ustawy nowelizującej pzp i art. 14 pzp w zw. z art. 78 § 1 kc.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Konsorcjum Aecom złożyło ważną ofertę, gdyż została ona własnoręcznie podpisana przez jego pełnomocnika – stosowny podpis został złożony na ostatniej stronie wypełnionego formularza oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do i.d.w.

Co więcej, bezpośrednio przed tym podpisem, w ostatnim pkt formularza ofertowego



(pkt 21), znajduje się wyszczególnienie listy dokumentów stanowiących załączniki do formularza ofertowego. Wśród nich wymieniono w szczególności: w pkt 1) „Załącznik 1 A Kontrakt 1 str. 5-11”, a w pkt 11) „Metodologię – pisemne opracowanie – str. 266-302”.

Konsorcjum Aecom zastosowało się również do instrukcji dla wykonawców odnośnie złożenia oferty w formie uniemożliwiającej jej przypadkowe zdekompletowanie – dokumenty zostały złożone w oprawie grzbietowej, a poszczególne kartki (arkusze) ponumerowane, z tym że arkusze (kartki), których dotyczy tajemnica przedsiębiorstwa {w tym dokumenty objęte zarzutami w rozpatrywanych sprawach}, zostały złożone w odrębnej oprawie grzbietowej, z zachowaniem ciągłości numeracji stron całej oferty, a więc dopełniło formalności (*de facto* zaleceń) przewidzianych w pkt 14.4 i 14.8 i.d.w.

Dodatkowo z własnej inicjatywy pełnomocnik parafował każdą stronę oferty, z tym że po publicznym otwarciu ofert okazało się, że dwie strony (str. 10 i 284 według numeracji ciągłej) nie zawierały odręcznej parafy, a jej wydrukowany skan. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienie Konsorcjum Aecom, że w ostatniej chwili dokonywano zmian zamieszczonych tam treści i w pośpiechu przez pomyłkę zamiast odręcznie parafowanych stron włożono kopię tych stron.

Izba zważyła, że – wbrew odmiennemu pogładowi Zamawiającego – sytuacja ta nie podpada pod regulację pkt 14.5 i.d.w., zgodnie z którym wszelkie miejsca w ofercie, w których wykonawca naniósł poprawki lub zmiany wpisywanej przez siebie treści, muszą być parafowane przez osobę podpisującą ofertę, w przeciwnym razie nie będą uwzględniane. Tego typu postanowienia, choć pojawiają się bardzo często, należy uznać za niefortunnie sformułowane, gdyż aby nie było wątpliwości co do tego, jaka jest wola składającego ofertę, wszelkie przekreślenia i dopiski powinny być po prostu podpisane. Termin „parafa” nie jest zdefiniowany w polskim prawie, a w orzecznictwie można zarówno spotkać stanowisko, że oznacza on jedynie znak ręczny złożony z inicjałów (vide np. uchwała Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1993 r. sygn. akt III CZP 146/93), jednak również często wyrażany jest pogląd utożsamiający go z podpisem nieczytelnym (vide np. wyrok Sądu Najwyższego z 16 maja 2007 r. sygn. akt III CSK 56/07). W rozpoznawanej sprawie Konsorcjum Aecom nie zdecydowało się jednak na ręczne przekreślenia i dopiski, ale postanowiło fizycznie wymienić strony oferty obejmujące zmienioną treść oferty.

Bez znaczenia dla sprawy jest podniesiona w odpowiedzi na odwołanie okoliczność rozbieżności treści str. 284 oferty pomiędzy dokumentami w formie papierowej a ich wersją elektroniczną, w tym niezastosowanie się do wymogu, aby uczynić to w postaci nieedytowalnego pliku PDF, gdyż w pkt 14.1 i.d.w. jednoznacznie rozstrzygnięto, że w przypadku rozbieżności pomiędzy nimi wiążący jest egzemplarz w wersji pisemnej.

Nawet jednak i bez takiego postanowienia, skoro Zamawiający nie dopuścił w tym

postępowaniu złożenia oferty w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, z mocy prawa za ofertę może być poczytywany wyłącznie egzemplarz w formie pisemnej. W konsekwencji wyprowadzanie na podstawie kopii, której rolą mogło być jedynie ułatwienie pracy komisji przetargowej (co przez nieuwagę Konsorcjum Aecom zniweczyło), jakichkolwiek wniosków przeciwko treści dokumentów złożonych w formie pisemnej jest nieuprawnione.

Zdaniem Izby w tych okolicznościach nie było podstaw, aby przy ocenie oferty Konsorcjum Aecom pominąć informacje zawarte na tych dwóch stronach tylko z tego powodu, że w przeciwieństwie do pozostałych stron nie zostały opatrzone odręczną parafą. W tym przypadku z własnej inicjatywy pełnomocnik postanowił w ten sposób zabezpieczyć integralność składanej oferty, jednak ostatecznie przez nieuwagę pozbawił się takiego zabezpieczenia w odniesieniu do tych dwóch stron.

Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do funkcji nieczytelnego znaku graficznego umieszczonego w prawym dolnym rogu obok lub pod nr każdej strony, gdyż w otrzymanej ofercie, nie tylko na końcu formularza oferty, ale także na końcu każdego z wyszczególnionych w nim załączników, widnieje czytelny podpis pełnomocnika, który składa się z pełnego imienia i nazwiska. Tym samym nie nastręczało trudności ustalenie, w jaki sposób osoba ta składa w sposób powtarzalny własnoręczny podpis. Zamawiający wbrew tym jednoznacznym okolicznościom błędnie uznał również za podpis nieczytelną parafę, a jej odręczne skreślenie bezpodstawnie uczynił punktem odniesienia do oceny, czy daną stronę oferty będzie brał pod uwagę.

Stąd nieuprawnione jest również powoływanie się przez Zamawiającego, że na zasadzie art. 65 §1 kc uwzględnił ustalony na gruncie pzp zwyczaj parafowania każdej strony dokumentu jako podstawę ustalenia, czy i która strona oferty została podpisana. Składowi orzekającemu Izby, pomimo wieloletniego doświadczenia w dziedzinie zamówień publicznych, taki zwyczaj nie jest znany, co przekreśla możliwość stwierdzenia, że jest on ustalony. Wobec nieustalonego w prawie znaczenia samej parafy nie wiadomo nawet, co konkretnie miałby taki zwyczaj oznaczać.

Niezależnie od tego Izba podziela dominujący w doktrynie prawa cywilnego pogląd, że art. 65 kc znajduje zastosowanie do ustalenia treści oświadczenia woli, a nie do tego, czy w ogóle doszło do jego złożenia, która to kwestia jest przedmiotem uregulowania art. 60 kc {zgodnie z tym przepisem z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)}. Tymczasem dla odczytania treści oferty Konsorcjum Aecom na stronach nieuwzględnionych przez Zamawiającego nie jest konieczne

odwoływanie się do reguł wykładani oświadczeń woli, gdyż jest ona jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Skoro postępowanie Zamawiającego było nieprawidłowe, tym bardziej nie ma podstaw, aby pominąć całość załącznika nr 11 do oferty pn. „Opracowanie pisemne – Metodologia”, jak chciałby Odwołujący Konsorcjum Egis, gdyż jest to jeden z załączników integralnie składających się na treść oferty Konsorcjum Aecom, a dla zachowania wymaganej dla niej formy pisemnej zarazem konieczne i wystarczające było, aby odręczny podpis znalazł się na formularzu oferty.

Zdaniem Izby ofertę złożoną w tym postępowaniu przez Konsorcjum Aecom należy uznać za swoisty dokument zintegrowany dzięki złożeniu podpisu pod treścią formularza oferty, co w wystarczający sposób ujawnia wolę składającego ofertę co do objęcia składanym w ten sposób oświadczeniem woli również treści wymienionych bezpośrednio przed podpisem załączników, gdyż wskazuje jednoznacznie, że jest ona integralnym elementem treści składanej w ten sposób oferty. Z kolei dla zabezpieczenia fizycznej integralności oferty składające się na nią dokumenty zostały razem spięte i opatrzone jednolitą numeracją, a całość została złożona w zamkniętej kopercie i złożona jako oferta w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, że w ofercie złożonej przez Konsorcjum Aecom zarówno wykaz osób na potrzeby oceny w kryterium doświadczenia personelu wykonawcy dla tzw. kontraktu 1, jak i opracowanie na potrzeby oceny w kryterium metodologii, zostały dodatkowo podpisane na swoich ostatnich stronach. W szczególności opracowanie stanowi wymieniony w formularzu oferty załącznik nr 11, który w stopce zawiera odrębną numerację, przy czym już na pierwszej stronie jest również informacja, że dokument składa się z 37 stron i właśnie na tej ostatniej stronie znajduje się odręczny podpis pełnomocnika Konsorcjum Aecom. Ponadto ze wstępu na drugiej stronie wprost wynika, że według autora dokument składa się zarówno z części dotyczącej podkryterium kluczowych elementów kontraktu, jak i części dotyczącej podkryterium organizacji wykonawcy kontraktu.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach ocena dokonana przez Zamawiającego jest niezrozumiała, a jeszcze dalej idące stanowisko Odwołującego Konsorcjum Egis bezprzedmiotowe, gdyż nawet przy interpretacji (której Izba okolicznościach tej sprawy nie podziela), że każdy załącznik do oferty wymagał odrębnego podpisu w stosunku do tego złożonego na formularzu oferty, Zamawiający pominął niektóre ich strony, a Odwołujący domaga się pominięcia ich całości, choć załączniki te zostały odręcznie podpisane.

Nieuzasadnione jest również sztuczne wyróżnianie przez Zamawiającego

**Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18**

i Przystępującego odrębnych oświadczeń woli według poszczególnych podkryteriów oceny ofert. Według pkt 15 i.d.w. na kompletną ofertę składa się 6 kategorii dokumentów, z których pierwszą stanowi „Formularz Ofertowy” – sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW oraz załącznik 1A do formularza ofertowego (Wykaz Personelu na potrzeby kryterium oceny ofert), a ostatnią – Pisemne opracowanie (dot. kryterium metodologia). Zamawiający nie wymagał zatem od wykonawców składania odrębnych dokumentów w odniesieniu do poszczególnych podkryteriów kryterium Metodologii, dla którego, w przeciwieństwie do innych kryteriów pozacenowych, nie załączono również do i.d.w. wzoru dla tego dokumentu. W tych okolicznościach nie ma żadnych podstaw, aby wbrew jednoznacznie ujawnionej woli autora co do tego, gdzie zaczyna się i kończy dokument składany w celu oceny w kryterium metodologii, czynić odmienne ustalenia.

Izba podziela stanowisko Przystępującego Konsorcjum Aecom, że zarówno załącznik nr 1A, jak i opracowanie wpisują się wprost w funkcjonalną definicję dokumentu zintegrowanego, którą wyprowadził Sąd Najwyższy w przywołanej w odwołaniu wyroku z 20 stycznia 2012 r. (sygn. akt I CSK 373/11). Warto dodać, że w okolicznościach tamtej sprawy Sąd Najwyższy uznał za taki dokument numerowane w sposób ciągły umowę wraz z załącznikiem, w sytuacji gdy podpis został umieszczony wyłącznie na załączniku.

{KIO 1310/18}

{ad pkt 2 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Aecom }

zarzut ewentualny zaniechania wezwania do uzupełnienia stron oferty nieuwzględnionych przez Zamawiającego przy ocenie oferty Konsorcjum Aecom

Z uwagi na uznanie za zasadny poprzedniego zarzutu Konsorcjum Aecom, bezprzedmiotowe stało się rozstrzygnięcie zarzutu zgłoszonego na ewentualność odmiennego rozstrzygnięcia.

{KIO 1310/18, KIO 1322/18}

{ad pkt 4 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Aecom oraz pkt 2 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Egis }

zarzuty dokonania oceny oferty Konsorcjum Aecom (KIO 1310/18) albo oceny obu ofert (KIO 1322/18) niezgodnie z opisem podkryterium kluczowych elementów kontraktu w i.d.w.

W odwołaniu Konsorcjum Aecom adekwatnie przedstawiono uzasadnienie sposobu oceny jego oferty podane przez Zamawiającego w piśmie z 2 lipca 2018 r., co zostało już powyżej zrelacjonowane.

Izba ustaliła, że w piśmie z 2 lipca 2018 r. skierowanym do Konsorcjum Egis uzasadnienie sposobu oceny oferty Konsorcjum w podkryterium kluczowych elementów kontraktu:

- w przypadku 3 członków komisji (nr 4, 5 i 6) sprowadza się do informacji, że przyznano 10 pkt jako maksymalną liczbę pkt;
- dla pozostałych 3 członków komisji, którzy przyznali mniejszą liczbę pkt (nr 1 – 8 pkt nr 2 i 3 po 6 pkt) wskazano, że „z uwagi na obszerność opracowania nie podano elementów (ponad 100 elementów wskazanych dla każdego z kontraktów), które nie zostały ocenione przez członka komisji, natomiast generalnie nie przyznano punktów za wskazanie realizowania takich elementów kontraktu, które są powszechnym i przyjętym obowiązkiem Wykonawcy opisanym w OPZ i Kontrakcie”;
- spośród tych trzech członków komisji tylko jeden (nr 3) wymienił 6 zagadnień uznanych przez niego za kluczowe (jednak bez wskazania, które konkretnie pkt opracowania zostały zaliczone na ich poczet), za które przyznał 6 pkt.

Ponadto w przesłanym uprzednio 25 czerwca 2018 r. do obu wykonawców „Uzasadnienia nieprzyznania punktów w kryterium metodologia” wynika, że w podkryterium kluczowych elementów kontraktu:

- w odniesieniu do Konsorcjum Egis wskazano, że każdy ze 136 (dla „Kontraktu nr 1”) lub 132 (dla „Kontraktu nr 2”) wskazanych kluczowych elementów kontraktu podlegał szczegółowej weryfikacji przez każdego z członków komisji niezależnie, przy czym uwzględniono, że zgodnie z pytaniem nr 35 Zamawiający dopuścił wskazanie nieograniczonej liczby takich elementów, a ponieważ „maksymalną możliwą ilością punktów do pozyskania były punkty przydzielone ofercie najlepiej ocenionej, (...), komisja przetargowa przydzieliła ofercie maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium”;
- w odniesieniu do Konsorcjum Aecom wskazano w szczególności, że ponieważ Wykonawca przedstawił po 10 kluczowych elementów kontraktu, z których za takie komisja przetargowa uznała elementy, które są konieczne i niezbędne do wykonania zadania, a ich nieprawidłowa realizacja będzie się wiązać z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy i Zamawiającego, a w związku z tym, że „maksymalną możliwą ilością punktów do pozyskania były punkty przydzielone ofercie najlepiej ocenionej, (...), komisja przetargowa przydzieliła ofercie 8 punktów na 10 możliwych, porównując przydzielone punkty do ofert{y} najlepiej ocenionej, tj. do oferty

konsorcjum Egis”.

Z pkt 20.8.3 i.d.w. wynika następujące określenie sposobu oceny w podkryterium kluczowych elementów kontraktu:

- w tym aspekcie metodologii realizacji zamówienia znaczenie ma ocena: znajomości kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk, sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomości przedmiotu zamówienia oraz podejścia wykonawcy do wykonywania usługi;
- ocena będzie dokonywana w oparciu o pisemne opracowanie zawierające opis kluczowych elementów kontraktu;
- jako kluczowe dla kontraktu zostaną uznane elementy, które: po pierwsze – są konieczne i niezbędne dla jego wykonania (tzn. nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie); po drugie – ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla wykonawcy lub zamawiającego;
- maksymalnie do uzyskania po 10 pkt dla każdego z kontraktów, z tym że w pierw każdy członek komisji działając niezależnie miał przyznać po jednym pkt za każdy poprawnie wskazany przez wykonawcę punkt krytyczny, których można było zgłosić od 0 do n, a następnie punkty przyznane przez poszczególnych członków komisji miały być zsumowane i podstawione do wzoru, według którego suma tych punktów dla oferty badanej miała być podzielona przez sumę punktów oferty, która otrzymała ich najwięcej od członków komisji, a wynik tego działania miał być przemnożony przez 10.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie bronił się, że nie był zobowiązany przyznać bezrefleksyjnie każdemu wskazanemu w ofercie jako kluczowy element kontraktu jednego punktu, gdyż taka sztuczna zasada przyznawania punktów prowadziłyby do tego, że nie jakość, a ilość tych elementów decydowałaby o przyznanej punktacji. Zgodnie z IDW przyznawał punkty „za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu dla podkryterium”. Według Zamawiającego dokonał wnikliwej oraz rzetelnej analizy ofert obu Wykonawców, a przyznana ocena jest wynikiem badania merytorycznych – a nie formalnych, takich jak liczba wykazanych elementów kontraktu – aspektów metodologii.

Ponieważ kryterium metodologii {*de facto* podkryterium kluczowych elementów kontraktu} ma charakter niemierzalny, ze swej natury obarczone jest koniecznością dokonywania oceny na podstawie wiedzy, doświadczenia oraz przekonań poszczególnych członków komisji. W przypadku tego rodzaju kryteriów ocena nie jest dokonywana w sposób zerojedynkowy, stąd zarzut nieuwzględnienia przy ocenie oferty wszystkich elementów realizacji kontraktu nie zasługuje jego zdaniem na uwzględnienie.

Zamawiający dodał, że przy prowadzeniu oceny w powyżej opisany sposób liczba zidentyfikowanych poprawnie przez Konsorcjum Egis elementów była wyższa niż w opracowaniu Konsorcjum Aecom. Stąd przyznanie obu Wykonawcom takiej samej liczby punktów byłoby niezgodne z przyjętymi w IDW założeniami, jak również godziłoby w zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z kolei przyznawanie punktacji według założeń przedstawionych w odwołaniu Konsorcjum Egis spowodowałoby konieczność zmniejszenia punktacji oferty Konsorcjum Aecom {za oba kontrakty łącznie} z 18 do 1,49 pkt, a taka ocena, jako niewspółmiernie niska do wartości merytorycznej przedstawionego opracowania, również godziłaby w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponieważ metodologia opracowana przez Konsorcjum Aecom była kompletna oraz opisywała w sposób spójny i skondensowany najważniejsze czynniki wpływające na sprawną realizację kontraktu, bez znaczenia dla przyznanej punktacji jest okoliczność braku rozbicia tych czynników na poszczególne części składowe (jak ma to miejsce w przypadku opracowania Konsorcjum Egis).

Według Zamawiającego podanie w uzasadnieniu nieprzyznania punktacji za zgłoszony element, że nie wykracza on poza „powszechnie i przyjęte obowiązki Wykonawcy opisane w OPZ i Kontrakcie”, nie stanowi sformułowania nowego w stosunku do treści SIWZ warunku, ale jest wnioskiem wynikającym z badania opracowania w odniesieniu do elementów, które jako powielenie ogólnych wymagań wynikających z OPZ nie spełniają opisanych w IDW przesłanek uznania je kluczowe.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba co do zasady podziela stanowisko Zamawiającego, że przyznawanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachowania pomiędzy nimi uczciwej konkurencji. Jednakże za naruszenie tych zasad należy uznać również sytuację, w której członkowie komisji dokonywali oceny w podkryterium kluczowych elementów kontraktu w sposób, który nie odpowiada regułom opisanym w instrukcji dla wykonawców.

Zamawiający na tym etapie prowadzonego postępowania chętnie podkreśla, że tego rodzaju kryterium nie ma wymiernego charakteru, stąd pole do swobodnej oceny przez członków komisji zgodnie z ich wiedzą i doświadczeniem. Jednakże przed upływem terminu składania ofert nacisk położył właśnie na aspekt matematycznego porównywania, w której z ofert przedstawiono większą liczbę „elementów krytycznych kontraktu”, tak jakby termin ten

odnosił się do czegoś, co jest mierzalne w jednostkach układu SI. A możliwość zgłaszania nieograniczonej liczby elementów jako kluczowych dla kontraktu niemal gwarantowała, że nie dojdzie w tym podkryterium do remisu, odwrotnie niż w podkryterium organizacji wykonawcy, czy w ogóle w przypadku pozostałych kryteriów pozacenowych, gdzie prawdopodobieństwo uzyskania takiej samej liczby punktów przez wykonawców było duże. Jednocześnie otworzyło to pole do nadużycia tej formuły, gdyż można było przewidzieć, że znajdą się wykonawcy, którzy będą dążyli do przepchnięcia przez sito selekcji jak najwięcej kluczowych elementów kontraktu, nawet gdyby miało prowadzić to absurdalnych rezultatów. Problem w tym, że co do zdefiniowania, czym jest „kluczowy element kontraktu”, instrukcja dla wykonawców odwołuje się niemal wyłącznie do nieostrych określeń składających się na dwie przesłanki o charakterze klauzul generalnych, co powoduje, że takie sito selekcji ma bardzo duże otwory.

Zamawiający deklaruje w odpowiedzi na odwołanie, że zgodnie z opisem zawartym w i.d.w.(która była również w tym zakresie przedmiotem jego wyjaśnień), komisja przetargowa respektowała regułę, zgodnie z którą za każdy poprawnie wskazany kluczowy element kontraktu przysługiwał jeden pkt, przy założeniu, że nie ma ograniczenia co do liczby tych elementów. Jednakże lektura uzasadnień indywidualnych prowadzi do odmiennych wniosków.

Co najmniej połowa członków komisji błędnie uważała, że może przyznać maksymalnie po 10 pkt za kontrakt, niezależnie od tego, ile kluczowych elementów kontraktu dany wykonawca zgłosił w swoim opracowaniu jako kluczowe. W odniesieniu do tych trzech członków jest co do tego pewność, a w przypadku następnych dwóch jest to wysoce prawdopodobne, gdyż pomimo zgłoszenia przez Konsorcjum Egis jako kluczowych ponad 130 elementów kontraktu, każdy z nich przyznał tej ofercie mniej niż 10 pkt. Również w przypadku członka komisji, który jako jedyny przy ocenie tej oferty zidentyfikował 6 zagadnień uznanych przez niego za kluczowe, nie można wykluczyć błędnego przekonania, że już na tym etapie nie może przyznać za opracowanie dotyczące kluczowych elementów kontraktu więcej niż 10 pkt.

Ponieważ Konsorcjum Aecom zgłosiło akurat 10 pkt kluczowych na kontrakt, w jego przypadku powyższe błędne założenie członków komisji nie wypaczyło przyznawania tzw. małych punktów na etapie dokonywanej przez nich oceny indywidualnej. Być może spowodowało to jednak, że członkowie komisji usiłowali sztucznie wpasować również przyznawanie tych punktów w odniesieniu do opracowania Konsorcjum Egis do takiego schematu.

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. Co prawda oferta Konsorcjum Egis po zsumowaniu punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji uzyskała status najwyższej ocenionej, co według wzoru dało jej 10 pkt w podkryterium za kontrakt (a więc maksimum), jednak dla wyliczenia ostatecznej punktacji przyznanej ofercie Konsorcjum Aecom punktem odniesienia było 50 pkt w stosunku do 45 pkt, co spowodowało przyznanie tej drugiej finalnie 9 pkt na kontrakt. Tymczasem 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.

Jest wystarczające dla stwierdzenia częściowej zasadności zarzutu zawartego w odwołaniu Konsorcjum Egis, również z tego względu, że na podstawie treści przekazanych uzasadnień nie sposób stwierdzić, w jaki sposób poszczególni członkowie komisji sprowadzili ponad 130 zgłoszonych dla kontraktu jako kluczowe elementów do 10 w ramach dogłębnej analizy, którą podobno przeprowadzili, bo się z tego nie rozliczyli.

Zamawiający dopiero w utajnionej części odpowiedzi na odwołanie sprecyzował, że ponieważ pkt 6-13 dotyczą pozyskania niezbędnej dokumentacji od poszczególnych organów oraz jednostek organizacyjnych, a pkt 14-27 – inwentaryzacji dla poszczególnych branż, wyszczególnienie *de facto* jednej czynności rozbitej na kilka czynników nie może stanowić podstawy do automatycznego przyjęcia, że mamy do czynienia z kilkoma różnymi elementami realizacji kontraktu. Jest to zresztą zaledwie zaczątek dla szczegółowego rozliczenia się z przeprowadzonej oceny wszystkich tak zgłoszonych punktów opracowania Konsorcjum Egis.

Wadliwie przeprowadzona ocena oferty Konsorcjum Egis powoduje, że za taką należy również uznać ocenę oferty Konsorcjum Aecom, gdyż według wzoru ostateczna liczba pkt przyznana wykonawcy, który uzyskał łącznie mniejszą liczbę punktów u członków komisji, ma być proporcjonalnie mniejsza.

Rozpatrując szczegółowe zarzuty odwołania Konsorcjum Aecom dotyczące ocen poszczególnych członków komisji, Izba doszła do przekonania, że większość z nich rozpatrywana z osobna nie jest zasadna, gdyż poszczególni członkowie komisji nie muszą oceniać identycznie, a podane przez nich uzasadnienie należy uznać za mieszczące się w ramach swobodnej oceny. Dotyczy to tych członków komisji, którzy uznali dwa elementy zgłoszone w opracowaniu za dotyczące w istocie jedno kluczowego zagadnienia zasługującego na przyznanie punktu (elementy nr 2 i 3, 6 i 10, 7 i 9). W szczególności

ponieważ dopiero w odwołaniu sprecyzowano, co należy rozumieć przez politykę informacyjną, nie ma podstaw, aby kwestionować ocenę członka komisji nr 1, który nie uznał tak jedynie nazwanego elementu nr 10 za odrębny w stosunku do elementu z pkt 6, z tego względu że w obu wprost wskazano na współpracę z jednostkami samorządowymi i organizacjami pozarządowymi.

Jednakże patrząc łącznie na uzasadnienia szczegółowe poszczególnych członków komisji za przekroczenie tej swobody należy uznać sytuację, w której poszczególni członkowie komisji dokonują diametralnie odmiennej oceny tych samych zgłoszonych elementów co prowadzi do wniosku, że w istocie jest ona dowolna i arbitralna. Jedni uznają bowiem, że dany zgłoszony element podlega punktacji (choćby wspólnej z innym elementem), a inni, że nie jest to w ogóle element kluczowy, gdyż „prawidłowe wykonanie lub realizowanie tego elementu jest powszechnym i przyjętym obowiązkiem Wykonawcy opisanym w OPZ i Kontrakcie”.

Jest to wystarczające dla stwierdzenia częściowej zasadności szczegółowych zarzutów zawartych w odwołaniu Konsorcjum Egis, gdyż pomimo formalnego rozliczenia się z oceny poszczególnych elementów nie można uznać jej za mieszczącą się w granicach swobody oceny określonej opisem sposobu oceny w tym podkryterium zawartym w i.d.w.

Wspólny dla obu odwołań jest zarzut, że przytoczone powyżej uzasadnienie nieprzyznania punktacji jest nieuprawnione, gdyż *de facto* stanowi wprowadzenie dopiero na etapie oceny dodatkowej – w stosunku do dwóch zdefiniowanych w i.d.w.– przesłanki, która łącznie z nimi ma zostać spełniona, aby zgłoszony w opracowaniu element został uznany za kluczowy dla kontraktu.

Zamawiający odnośnie tej kwestii dodatkowo wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że znaczna część spośród elementów zgłoszonych przez Konsorcjum Egis stanowiła powielenie ogólnych wymagań dotyczących realizacji kontraktu wskazanych w OPZ, które nie miały waloru kluczowości, nawet jednak w utajnionej części odpowiedzi na odwołanie ograniczył się do przykładowego wskazania, że chodzi tu o takie elementy jak podpisanie umowy czy wystąpienie do niego o pełnomocnictwo (odpowiednio elementy nr 1 i 5 z opracowania Konsorcjum Egis).

Izba podziela w tej szczegółowej kwestii stanowisko Zamawiającego (z tym zastrzeżeniem, że powinno ono zostać podane w uzasadnieniu przekazanemu zainteresowanemu wykonawcy), jednak nie jest ono wystarczające dla zrozumienia i zweryfikowania adekwatności pozostałej oceny wyrażonej w tak enigmatycznej formule. Wobec nieprzedstawienia możliwie precyzyjnej dystynkcji pomiędzy tym, co należy uznać za oczywisty obowiązek wykonawcy opisany w dokumentach s.i.w.z., a poprawnym

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

wskazaniem przez wykonawcę kluczowego elementu kontraktu, nie sposób pozytywnie zweryfikować, czy taki wniosek jest uzasadniony, gdyż brak jest konkretnych pozwalających przedsięwzięć prowadzących do niego rozumowanie. W szczególności nie skonkretyzowano, o jaki konkretnie obowiązek opisany w dokumentacji chodzi, żeby można było stwierdzić, że jego oczywistość uniemożliwia jego wskazanie jako kluczowego elementu kontraktu przez wykonawcę.

Tym niemniej, jak już powyżej zaznaczono, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że uznanie tego typu oczywistych zagadnień jak podpisanie umowy za kluczowy element dla realizacji projektu, stanowiłoby nadużycie oraz prowadziło do absurdu wniosku, że każda czynność podejmowana przez wykonawcę ma charakter istotnej. Niewątpliwie przez krytyczne elementy należy rozumieć momenty istotne, znaczące dla należytego wykonania kontraktu.

Jednocześnie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że sugerowany w utajnionej części odwołania 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. Jak już powyżej to zaznaczono, nie są to wielkości mierzalne, stąd 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.

{ad pkt 3 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Aecom oraz pkt 1 listy zarzutów odwołania  
Konsorcjum Egis}

zarzuty zbyt późno podanego uzasadnienia (KIO 1310/18) albo podania niewystraszającego uzasadnienia oceny (KIO 1322/18) w podkryterium kluczowych elementów kontraktu

Trzyfazowy sposób przekazania uzasadnienia oceny ofert w podkryterium kluczowych elementów kontraktu, w tym, że bardziej szczegółowe informacje zostały przekazane Odwołującym na ich ponawiane wnioski po formalnym rozstrzygnięciu postępowania, został adekwatnie odzwierciedlony w odwołaniach, co zostało już powyżej zrelacjonowane.

Z art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając podstawowe dane identyfikujące

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

wykonawców (nazwa i siedziba), którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zarzut naruszenia powyższego przepisu z odwołania Konsorcjum Aecom należy uznać za zasadny, jednak nie miało to wpływu na wynik postępowania. Z treści odwołania wynika, że choć Odwołujący uważał, że zostało mu tylko kilka godzin na zakwestionowanie oceny swojego opracowania, był w stanie w tym czasie sformułować szczegółowe zarzuty.

W odniesieniu do Konsorcjum Egis nawet najbardziej szczegółowe z przesłanych uzasadnień zawiera zastrzeżenie, że z uwagi na obszerność opracowania nie podano elementów, które nie zostały ocenione przez członka komisji.

Jednocześnie Izba ustaliła, że instrukcja dla wykonawców limitowała maksymalną objętość opracowania dotyczącego kluczowych elementów kontraktu, zastrzegając, że nie powinno ono dla każdego z kontraktów łącznie przekraczać 40 str. formatu A4 przy zastosowaniu czcionki Arial „12” i odstępu między wierszami na poziomie 1,5, pod rygorem pominięcia stron nadmiarowych {uwaga zamieszczona na str. 32}.

W tych okolicznościach Zamawiający nie może skutecznie uchylić się od dokonania oceny całości przedstawionych opracowań, których objętość po to limitował, aby być w stanie tego dokonać.

Zdaniem Izby przy takim opisie kryterium konieczne jest szczegółowe rozliczenie ze sposobu oceny każdego ze zgłoszonych przez danego wykonawcę punktu krytycznego kontraktu, w tym wskazanie, które konkretnie pkt: nie zostały uznane za kluczowe w ogóle, lub zostały łącznie ocenione jako opisujące ten sam pkt krytyczny.

{KIO 1310/18}

{ad pkt 5 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Aecom}

zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Egis z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia wobec przedstawienia nieprawidłowego zaświadczenia o niekaralności

Niesporne było, że dla osoby fizycznej wskazanej w odwołaniu, jako administrator wchodzącej w skład rady administracyjnej francuskiej spółki akcyjnej Egis Rail, Konsorcjum Egis złożyło w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp zaświadczenie o niekaralności wydane przez Policję stanu Virginia (wchodzącego w skład Stanów Zjednoczonych Ameryki), a według złożonych w tym samym trybie dokumentów rejestrowych

tej spółki osoba ta zamieszkuje w Wielkiej Brytanii.

W toku rozprawy Przystępujący Konsorcjum Egis wykazało jednak, że w rzeczywistości od kilku lat osoba ta, obywatel amerykański, zamieszkuje właśnie w stanie Virginia {oświadczenie samego zainteresowanego, uaktualnione dokumenty rejestrowe spółki}.

Ponadto Izba ustaliła, że w Egis Rail Societe Anonyme funkcjonuje klasyczny system organów: prezydent, dyrektor generalny (albo prezydent – dyrektor generalny, tzw. PDG), rada administracyjna oraz walne zgromadzenie. Przy czym w tym tzw. monistycznym systemie spółka zarządzana (administrowana) jest przez radę administracyjną, w której skład wchodzi właśnie administratorzy, z prezydentem albo PDG na czele. Administratorzy, wybierani przez walne zgromadzenie spośród akcjonariuszy, mają najszersze pełnomocnictwa w zakresie realizacji celu spółki. Ograniczenia uprawnień rady są skuteczne tylko wobec spółki, natomiast nie wywołują skutków prawnych wobec osób trzecich działających w dobrej wierze. Radą kieruje prezydent (albo PDG), osoba fizyczna wybierana przez członków rady administracyjnej spośród ich grona, która reprezentuje spółkę na zewnątrz. Oprócz tego do tego celu rada administracyjna może na wniosek prezydenta, powołać osobę, która nie musi być nawet akcjonariuszem spółki, na stanowisko dyrektora generalnego.

W alternatywnym modelu organów francuskiej spółki akcyjnej (tzw. niemieckim) występuje walne zgromadzenie, rada nadzorcza i zarząd, jest on zatem dużo bardziej zbliżony do funkcjonującego w polskim prawie spółek.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13 [czyli: a) o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 Kodeksu karnego) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, c) skarbowe, d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej].

Powyższy przepis stanowi implementację art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59,

60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z następujących czynów: a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW; b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy; c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych” Wspólnot Europejskich; d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW, bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej; e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE; f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE. Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

Z § 7 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach wynika, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązany jest złożyć (zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego) informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy pzp.

Izba zważyła, że w aktualnym stanie prawnym, wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego i Przystępującego, wykazanie braku podstaw do wykluczenia z uwagi na prawomocne skazanie za wyszczególnione powyżej przestępstwa dotyczy osób fizycznych niezależnie od tego, czy funkcjonują w ramach osób prawnych jako członkowie organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych czy też posiadają w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne. W szczególności w przypadku spółki akcyjnej poza walnym zgromadzeniem (z oczywistych względów) wykazanie odnośnie zamkniętego katalogu przestępstw dotyczy wszystkich osób

**Sygn. akt: KIO 1303/18**  
**KIO 1310/18**  
**KIO 1322/18**

wchodzących w skład jej organów zarządzających, administrujących lub nadzorczych, niezależnie od tego, jak się nazywają i niezależnie od tego, jak przedstawiają się ich szczegółowe kompetencje według prawa spółek, które znajduje dla nich zastosowanie.

Umknęło to uwadze Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie powoływał się na orzeczenia Izby wydane w odmiennym stanie prawnym. Logika stanowiska Zamawiającego prowadzi zresztą do absurdalnych rezultatów – obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia dotyczyłby tylko francuskich spółek akcyjnych, w których występuje organ nazywany zarządem. Z kolei Izba nie dała wiary Przystępującemu, który na potrzeby odparcia zarzutu zaczął twierdzić, że dla tego członka rady administracyjnej francuskiej spółki Egis kwestionowany dokument złożył jedynie z ostrożności.

Nie zostało również zakwestionowane, że zaświadczenie wydane przez policję stanowią nie obejmuje przestępstw terrorystycznych, które w Stanach Zjednoczonych są penalizowane na szczeblu prawa federalnego.

W tych okolicznościach Izba doszła do przekonania, że Konsorcjum Egis nie złożyło wystarczającego dokumentu dla wykazania, że wspomniany członek rady administracyjnej francuskiej spółki akcyjnej Egis Rail nie został skazany za przestępstwo o charakterze terrorystycznym.

Ponieważ jednak niesporne było, że w tym zakresie Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Egis do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp – zarzut odwołania, który nie obejmuje naruszenia tego przepisu, należy uznać za niezasadny. Wobec niezastosowania tej obligatoryjnej procedury przedwczesne jest bowiem wywodzenie, że Konsorcjum Egis podlega wykluczeniu.

{KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18}

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1-3 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w poszczególnych sprawach orzeczono w pkt 4-6 sentencji stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 272).

Ponadto w sprawie o sygn. akt KIO 1303/18 stosownie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia zasądzono na rzecz Zamawiającego poniesione przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,

**Sygn. akt: KIO 1303/18  
KIO 1310/18  
KIO 1322/18**

na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Natomiast w sprawach o sygn. akt KIO 1310/18 i KIO 1322/18 zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia zasądzono na rzecz Odwołujących poniesione przez nich koszty z tytułu uiszczonych wpisów od odwołań oraz, na podstawie rachunków przedstawionych do zamknięcia rozprawy, uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocników.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....