Sygn. akt KIO 997/22

WYROK

z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Joanna Gawdzik-Zawalska
Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Instytut ADN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą

w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INVESTIN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fundację Zaawansowanych Technologii z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Instytut ADN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 0000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Instytut ADN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 997/22

U z a s a d n i e n i e

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie, dalej

„Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie kompleksowych usług doradczych na rzecz przedsiębiorstw biorących udział w IV, V, i VI Edycji programu Akademia Menedżera Innowacji (AMI). Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2021 r. pod numerem 2021/S 203- 530651.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. wykonawca Instytut ADN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców, uzyskiwania najlepszych efektów zamówienia oraz brakiem respektowania reguł oceny ofert w oparciu o kryteria pozacenowe ustanowione w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, pomimo iż Zamawiający dokonał oceny koncepcji wykonawców niezgodnie z wytycznymi ujętymi w treści SWZ i tym samym przyznał tym wykonawcom zawyżoną liczbę punktów w ramach kryteriów pozacenowych oraz przeprowadził ocenę pozacenowych kryteriów nr 4, 5 i 6 w sposób prowadzący do wyeliminowania ich znaczenia przedstawionego w treści SWZ, jak również naruszył zasadę równego traktowania wykonawców przyznając wszystkim wykonawcom identyczną liczbę punków w ramach oceny koncepcji realizacji usługi AMI (kryterium pozacenowe nr 4 - 6) pomimo okoliczności, iż opracowania te znacząco się między sobą różniły.

Jednocześnie podstawami faktycznymi powyższych zarzutów były czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na odstępstwie od zasad oceny ujętych w treści SWZ, jak również braku rzetelnej analizy ofert pod kątem ich rzeczywistej wartości jakościowej w odniesieniu do pozacenowych kryteriów nr 4, 5 i 6, w tym w szczególności: 1) brak rzetelnej merytorycznej oceny koncepcji, 2) ograniczenie się Zamawiającego przy ocenie jedynie do faktu „ujęcia zagadnienia” bez jego pogłębionej rzeczowej analizy, 3) brak zrozumienia kryteriów i ich spłycenie przez osoby oceniające, 4) odtwórcze, ujednolicone indywidualne karty oceny, - jak również przeprowadzenie oceny pozacenowych kryteriów nr 4, 5 i 6 w sposób prowadzący do wyeliminowania ich znaczenia przedstawionego w SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym ocenę koncepcji złożonych przez wykonawców z uwzględnieniem zasad i wytycznych ujętych w treści Rozdziału XVII SWZ w stosunku do koncepcji wykonawców: Konsorcjum Investin sp. z o.o. oraz Fundacja Zaawansowanych Technologii Spółka z o.o.; wykonawcy Outworking S.A. oraz Odwołującego, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny powyższych koncepcji w sposób rzetelny i adekwatny do wagi, jaka została nadana kryteriom pozacenowym w treści SWZ; nakazanie obniżenia w ramach kryterium pozacenowego nr 4 wykonawcom Konsorcjum Investin sp. z o.o. oraz Fundacja Zaawansowanych Technologii do 6 punktów, a wykonawcy Outworking S.A. do 6,5 punktów, natomiast w ramach kryteriów pozacenowych nr 5 i 6 do obniżenia wykonawcom Konsorcjum Investin sp. z o.o. oraz Fundacja Zaawansowanych Technologii oraz wykonawcy Outworking S.A. do 10 punktów w każdej kategorii i przyznanie Odwołującemu Instytut ADN w ramach ww. kryteriów maksymalnej ilości punktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Investin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Fundacja Zaawansowanych Technologii z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. W tym samym dniu również Przystępujący złożył pismo procesowe.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: postanowień specyfikacji warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SWZ, ofert wykonawców, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba

wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 kwietnia 2022 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest pozyskiwanie i zatrudnianie kadry merytorycznej na potrzeby świadczenia kompleksowych usług doradczych na rzecz przedsiębiorstw biorących udział w IV, V i VI Edycji programu Akademia Menadżera Innowacji (AMI) oraz wsparcie rekrutacji tych przedsiębiorstw, w ramach realizacji programu AMI, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, który stanowi Załącznik 1 do SWZ oraz zgodnie z wzorem umowy, który stanowi Załącznik 3 do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XVII SWZ ustalono, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierować się następującymi kryteriami i ich znaczeniem oraz w następujący sposób będzie oceniać oferty w poszczególnych kryteriach:

1. Cena: koszt realizacji Zamówienia, tj. Edycji IV programu AMI brutto (średnia pozycji H1-H3 w Formularzu ofertowym) 20 pkt;

2. Cena: za zamówienie z Prawa Opcji, tj. V Edycji programu AMI brutto (średnia pozycji P1-P3 w Formularzu ofertowym) 10 pkt;

3. Cena: za zamówienie z Prawa Opcji, tj. VI Edycji programu AMI brutto (średnia pozycji Z1-Z3 w Formularzu ofertowym) 10 pkt;

4. Opis pozyskania członków kadry merytorycznej AMI 10 pkt;

5. Koncepcja realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI 15 pkt;

6. Koncepcja komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI 15 pkt;

7. Liczba zadeklarowanych przedsiębiorców zrekrutowanych 15 pkt;

8. Kryterium społeczne - zatrudnienie na umowę o pracę 1 osoby niepełnosprawnościami 5 pkt.

Następnie Zamawiający w następujący sposób dokonał opisu oceny koncepcji realizacji zamówienia zgodnie z ust. 5, 6 oraz 7 rozdziału XVII SWZ:

5. W kryterium 4 „Opis pozyskania członków kadry merytorycznej AMI" - Wykonawca może uzyskać maksymalnie 10 pkt.

Ocenie będzie podlegać załączony do oferty dokument „Opis pozyskania członków kadry merytorycznej AMI", przy czym:

10 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który wskaże najwłaściwsze, w ocenie Zamawiającego, 4 metody pozyskania członków kadry merytorycznej AMI wraz z trafnym uzasadnieniem skuteczności ich realizacji, w sytuacji wskazanej w punkcie VIII.1.4.3 - VIII.1.4.6 OPZ, przy czym:

1) Wykonawca otrzyma po 0,5 punktu za każdą wskazaną przez Wykonawcę metodę pozyskania członków kadry merytorycznej AMI (maksymalnie 2 pkt),

2) Wykonawca otrzyma maksymalnie 1 punkt za trafne uzasadnienie każdej ze wskazanych przez Wykonawcę metod (maksymalnie 4 punktów) w kontekście celów zamówienia, zakładanej kadry merytorycznej AMI, efektywności i skuteczności dotarcia do tej kadry.

3) Wykonawca otrzyma maksymalnie 4 punkty za przedstawienie 4 kryteriów doboru odpowiednich doradców w kontekście celów zamówienia oraz zadań doradców w kontekście programu AMI.

Ocenie będą podlegać 4 pierwsze metody przedstawione przez wykonawcę w Opisie.

W przypadku nie przedstawienia „Opisu pozyskania członków kadry merytorycznej AMI" - Wykonawca otrzyma 0 punktów w tym kryterium.

Przedstawienie w ofercie metod pozyskania członków kadry merytorycznej AMI jest równoznaczne z deklaracją Wykonawcy, że jest on w stanie zrealizować zaproponowane metody pozyskania członków kadry merytorycznej AMI.

6. W kryterium 5 „Koncepcja realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI" - Wykonawca może uzyskać maksymalnie 15 pkt.

Ocenie będzie podlegać załączony do oferty dokument „Koncepcja realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI", przy czym:

15 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który wskaże najwłaściwszą, w ocenie Zamawiającego, koncepcję rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, przy czym:

1) Wykonawca przedstawi opis koncepcji rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI zawierający obowiązkowo następujące obszary:

a) przykładowych źródeł danych o przedsiębiorcach z jakich Wykonawca planuje korzystać przy planowaniu rekrutacji;

b) sposobu dotarcia do przedsiębiorców;

c) sposobu selekcji przedsiębiorców kwalifikujących się do programu AMI;

d) sposobów wsparcia przedsiębiorców w procesie rekrutacji.

2) Wykonawca może otrzymać 0 pkt, 10 pkt lub 15 pkt za istotne wyróżnianie się (in plus lub in minus) lub brak zasadniczych różnic opisu koncepcji realizacji zadania danego Wykonawcy na tle ofert innych Wykonawców, pod względem adekwatności proponowanego podejścia do koncepcji rekrutacji przedsiębiorców (ocena każdej oferty względem każdej innej, tj. adekwatność wyższa = 15 pkt; adekwatność niższa = 0 pkt; brak zasadniczych różnic w adekwatności = 10 pkt).

W przypadku, gdy w postępowaniu zostanie złożona tylko jedna oferta zawierająca „Koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI" otrzyma 15 pkt tj. maksymalną liczbę punktów.

W przypadku nie przedstawienia „Koncepcji realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI"- Wykonawca otrzyma 0 punktów w tym kryterium.

Przedstawienie w ofercie sposobu rekrutacji przedsiębiorców jest równoznaczne z deklaracją Wykonawcy, że jest on w stanie zrealizować zaproponowany sposób rekrutacji.

7. W kryterium 6 „Koncepcja komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI" - Wykonawca może uzyskać maksymalnie 15 pkt.

Ocenie będzie podlegać załączony do oferty dokument „Koncepcja komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI", przy czym:

15 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który wskaże najwłaściwszą, w ocenie Zamawiającego, koncepcję komunikacji z przedsiębiorcami na temat programu AMI, przy czym:

1) Wykonawca przedstawi opis koncepcji strategii komunikacji z przedsiębiorcami o programie AMI zawierający obowiązkowo następujące obszary:

a) przykładowy harmonogram działań komunikacyjnych;

b) listę kanałów komunikacyjnych z jakich Wykonawca planuje skorzystać;

c) sposobu wykorzystania ww. kanałów komunikacji w celu jak najefektywniejszego dotarcia do przedsiębiorców;

d) sposobów komunikacji i przewidzianych zadań dla Zamawiającego w ramach strategii komunikacji z przedsiębiorcami.

2) Wykonawca może otrzymać 0 pkt, 10 pkt lub 15 pkt za istotne wyróżnianie się (in plus lub in minus) lub brak zasadniczych różnic opisu koncepcji realizacji zadania danego Wykonawcy na tle ofert innych Wykonawców, pod względem adekwatności proponowanego podejścia do koncepcji komunikacji (ocena każdej oferty względem każdej innej, tj. adekwatność najwyższa = 15 pkt; adekwatność niższa = 0 pkt; brak zasadniczych różnic w adekwatności w porównaniu z innymi ofertami = 10 pkt).

W przypadku, gdy w postępowaniu zostanie złożona tylko jedna oferta zawierająca „Koncepcję komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI" otrzyma 15 pkt. tj. maksymalną liczbę punktów.

W przypadku nie przedstawienia „Koncepcji komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI"- Wykonawca otrzyma 0 punktów w tym kryterium.

Przedstawienie w ofercie sposobu komunikacji z przedsiębiorcami jest równoznaczne z deklaracją Wykonawcy, że jest on w stanie zrealizować zaproponowany sposób komunikacji.

Stosownie do ust. 11 rozdziału XVII SWZ punkty otrzymane przez daną ofertę podczas oceny indywidualnej członków Komisji przetargowej zostaną do siebie dodane, a następnie podzielone przez liczbę oceniających. Wynik będzie liczbą punktów, jaką otrzymała dana oferta w danym kryterium.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 5 ofert, z czego 2 zostały odrzucone. Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę nr 2 złożoną przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie, tj. ofertę Investin sp. z o.o. i Fundacji Zaawansowanych Technologii. Oferta ta uzyskała najwyższą liczbę punktów (95,07 pkt). Na miejscu drugim znalazła się oferta Outworking S.A. (95 pkt), a na ostatnim - oferta Odwołującego (94,85 pkt.).

Zamawiający w dniu 28 lutego 2022 r. dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 10 marca 2022 r. wniósł odwołanie od zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez następujących wykonawców: 1) Konsorcjum Investin sp. z o.o. i Fundacja Zaawansowanych Technologii; 2) Outworking S.A., podnosząc zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia): a) Informacji zawartych w pliku Koncepcja AMI złożonym przez Investin sp. z o.o.; b) Opisu pozyskania kadry merytorycznej AMI, koncepcji realizacji zadania dot. rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, koncepcję komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorstw do programu AMI, złożonych przez Outworking S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt KIO 677/22, uwzględniła ww. odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym ujawnienie informacji bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez a) Investin sp. z o.o., tj. informacji zawartych w pliku Koncepcja AMI; b) Outworking S.A., tj. opisu pozyskania kadry merytorycznej AMI, koncepcji realizacji zadania dot. rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, koncepcję komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorstw do programu AMI.

Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum: 1. Investin sp. z o. o. oraz Fundacja Zaawansowanych Technologii uzyskując 95,07 pkt, oferta wykonawcy Outworking S.A. otrzymała 95 pkt, zaś oferta Odwołującego otrzymała 94,85 pkt.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których

stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego z uchybieniem terminu. W ocenie Zamawiającego już po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący znał sposób oceny pozacenowych kryteriów przyjęty przez oceniających (zapoznał się z nim na podstawie przekazanych wraz z informacją o wyniku postępowania kart oceny). Fakt odtajnienia ofert na skutek wyroku KIO nie miał wpływu na sposób oceny treści merytorycznych ujętych w ofertach, ani przyznaną punktację poszczególnym ofertom.

Również zdaniem Przystępującego już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący znał punktację przyznaną poszczególnym ofertom, która nie uległa zmianie pomiędzy pierwszym a drugim wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jednakże w złożonym wówczas odwołaniu Odwołujący nie podniósł zarzutu przyznania wszystkim ofertom maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium nr 4, 5 i 6. Jedyna zmiana jaka nastąpiła pomiędzy pierwszym a drugim wyborem oferty najkorzystniejszej to ujawnienie treści koncepcji ze wszystkich ofert, co jednak nie ma znaczenia dla zarzutu naruszenia przez Zamawiającego wytycznych określonych w SWZ.

Z powyższymi stanowiskami nie sposób się zgodzić. Izba uznała, iż odwołanie dotyczy czynności polegającej na nieprawidłowym przyznaniu punktów wykonawcom w odniesieniu do kryteriów pozacenowych w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert, nakazanej wyrokiem Izby (sygn. akt KIO 677/22). Zarzuty Odwołującego są formułowane w odniesieniu do uzasadnienia tej decyzji, prezentowanego w piśmie z dnia 1 kwietnia 2022 r., stanowiącego ponowną informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Dla oceny skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej znaczenie ma ustalenie momentu, od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Ponieważ czynność ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym ujawnienie informacji bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz kart oceny dokonane w ramach ponownego badania i oceny ofert nastąpiło w dniu 1 kwietnia 2022 r., dopiero w tym momencie wykonawca mógł ustalić, jakie motywy przesądziły o ocenie ofert. Dopiero więc po odtajnieniu treści złożonych koncepcji, Odwołujący miał pełną wiedzę co do sformułowania zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp. Uszło również uwadze Zamawiającego oraz Przystępującego, że Izba wyrokiem o sygn. akt KIO 677/22 nie nakazała jedynie ujawnienia informacji bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, lecz także nakazała dokonanie ponownej oceny i badania ofert, a zatem powtórnego przyznania punktów w ramach kryteriów, co znalazło odzwierciedlenie w kartach oceny komisji przetargowej, a czynności tej nie można uznać za pozorną w kontekście przebiegu postępowania. Zatem, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia przekazania informacji wykonawcy, co w niniejszej sprawie miało miejsce w dniu 1 kwietnia 2022 r.

W drugiej kolejności, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak stanowi art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób opisany w Rozdziale XVII SWZ, gdyż zaniechał wyboru najlepszej („najwłaściwszej") oferty dla 3 pozacenowych kryteriów oceny, które wymagały przedstawienia opisu lub koncepcji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ramach kryterium nr 4 miał przyznać maksymalną liczbę punktów tylko jednej ofercie, a w ramach kryteriów nr 5 i 6 nie dokonał wyboru jednej oferty, „wyróżniającej się" na tle ofert innych wykonawców.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący dokonał błędnej interpretacji postanowienia rozdziału XVII SWZ w zakresie kryterium nr 4, które nie polega na ocenie „każdy z każdym" i wyborze „najwłaściwszej", ale oferty są badane oddzielnie, a wybór „najwłaściwszej" odnosi się do realizacji projektu AMI. Zamawiający określił bowiem wartość punktową jaką mogą otrzymać wykonawcy za konkretne metody (Wykonawca otrzyma po 0,5 punktu za każdą wskazaną przez Wykonawcę metodę pozyskania członków kadry merytorycznej AMI (maksymalnie 2 pkt), za uzasadnienie każdej ze wskazanych metod (Wykonawca otrzyma maksymalnie 1 punkt za trafne uzasadnienie każdej ze wskazanych przez Wykonawcę metod (maksymalnie 4 punktów) oraz za przedstawienie kryteriów doboru odpowiednich doradców (Wykonawca otrzyma maksymalnie 4 punkty za przedstawienie 4 kryteriów doboru odpowiednich doradców w kontekście celów zamówienia oraz zadań doradców w kontekście programu AMI.) Zatem, oceniana była liczba metod, trafność uzasadnienia propozycji poszczególnych metod i adekwatny wybór czterech kryteriów doboru doradców w kontekście celów zamówienia i programu AMI, niezależnie od tego, jakie koncepcje w tym zakresie przedstawili poszczególni wykonawcy.

Natomiast w odniesieniu do oceny w ramach kryterium nr 5 i 6 Izba przyznaje rację Odwołującemu, że w oparciu o postanowienia SWZ (Wykonawca może otrzymać 0 pkt, 10 pkt lub 15 pkt za istotne wyróżnianie się (in plus lub in minus) lub brak zasadniczych różnic opisu koncepcji realizacji zadania danego Wykonawcy na tle ofert innych Wykonawców, pod względem adekwatności proponowanego podejścia do koncepcji rekrutacji przedsiębiorców/ koncepcji komunikacji (ocena każdej oferty względem każdej innej, tj. adekwatność wyższa = 15 pkt; adekwatność niższa = 0 pkt; brak zasadniczych różnic w adekwatności = 10 pkt) Zamawiający winien przyznać maksymalną liczbę punktów tylko jednej ofercie, o ile wyróżniałaby się ona na tle pozostałych ofert. Niemniej, nieprawidłowy sposób oceny ofert w odniesieniu do ww. kryteriów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż Zamawiający jednakowo ocenił wszystkie trzy oferty. Dlatego też, przyznanie wszystkim przykładowo po 10 punktów (aktualnie każdy z wykonawców otrzymał po 15 punktów w kryterium nr 5 i 6) nie zmieni rankingu ofert. Ponadto, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że sam Odwołujący nie jest konsekwentny w swojej argumentacji, bowiem raz wskazuje w żądaniach, że wnosi o obniżenie punktów pozostałym wykonawcom w ramach tychże kryteriów do 10, a sobie przyznania 15 punktów, natomiast w uzasadnieniu wskazuje, że w przypadku oceny wszystkich ofert jako nie wyróżniających się in plus/in minus, Zamawiający winien przyznać każdej ofercie 10 pkt za „brak zasadniczych różnic w adekwatności". Oznacza to, że sam Odwołujący nie jest do końca zdecydowany, co winien zrobić Zamawiający. Równocześnie podkreślenia wymaga, że tego rodzaju argumentacja na tym etapie postępowania jest spóźniona, bowiem Odwołujący powinien był kwestionować przyznanie tożsamej liczby punktów wszystkim wykonawcom w przewidzianym do tego terminie, czyli wraz z pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej, kiedy to Zamawiający również przyznał wszystkim wykonawcom tożsamą liczbę punktów.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie mógł uznać, że oferty Investin sp. z o.o. i Fundację Zaawansowanych Technologii, Instytutu AND i Outworking S.A. cechuje „brak zasadniczych różnic w adekwatności" z uwagi na ich zróżnicowaną wartość merytoryczną, kompletność i poziom spójności ofert. Zwracał uwagę, że jedynie jego oferta jest ofertą kompletną i wyróżnia się na tle pozostałych ofert, co zauważyli także oceniający, a oferty pozostałych wykonawców cechuje niższy poziom szczegółowości i konkretyzacji.

Należy jednak zauważyć, że Zamawiający nie stawiał szczególnych wymagań co do liczby stron czy też innych redakcyjnych aspektów koncepcji, ani w punkcie XVII SWZ ani w OPZ. Liczba stron jest irrelewantna przy ocenie koncepcji, w tym przy ich wzajemnym porównaniu w ramach kryteriów nr 5 i 6, gdyż Zamawiający przy ocenie nie brał pod uwagę objętości przedstawionych koncepcji, a jedynie ich zawartość merytoryczną. Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, przedmowa do jego koncepcji ma znaczenie jako punkt odniesienia w wielu późniejszych częściach koncepcji. Dodatkowo, członkowie komisji podobnie, jak w przypadku Odwołującego, ocenili koncepcję Przystępującego, odnosząc się kompleksowości, spójności i poziomu szczegółowości jego oferty.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, iż występują zasadnicze różnice w treści ofert w odniesieniu do kryteriów nr 5 i 6, które to kryteria oceniane są przez porównanie ofert ze sobą. Ponadto, nie wykazał, że w kryterium nr 4 należy odmiennie oceniać poszczególne

oferty.

Izba nie podzieliła także twierdzeń Odwołującego, że proces oceny ofert przez Zamawiającego przebiegał pobieżnie, bez faktycznego porównania zarówno pod kątem obecności wymaganych elementów, jak i wartości merytorycznej poszczególnych ofert. Odwołujący stwierdzał, że brakuje wielu elementów w ofertach konkurentów wymaganych do przedstawienia w ramach kryterium nr 4, 5 i 6 oraz że Zamawiający nie oceniał zawartości merytorycznej, ale uznał, że kryterium jest spełnione, o ile w ofercie znajduje się odpowiedni tytuł.

Skład orzekający podziela stanowisko Przystępującego, że w odniesieniu do każdego kryterium każdy z członków komisji stwierdzał, czy dana koncepcja zawiera „wymagane elementy", jak też zawierał opinie dotyczące „wartości merytorycznej poszczególnych ofert". Dodatkowo, w koncepcji Przystępującego znalazły się zarówno sposoby komunikacji oraz odniesienia do strategii komunikacji z przedsiębiorcami, m.in. w Tabeli 1 - Przykładowy harmonogram działań komunikacyjnych, działanie w programie AMI, środek komunikacji, przekaz działań. Przystępujący wskazał planowane działania w zakresie strategii komunikacji z przedsiębiorcami, podając przykłady postów, grafik, haseł, komunikatów oraz sprecyzował grupę docelową przedsiębiorców do której będzie chciał dotrzeć.

Izba uznała również za przekonujące zestawienie (załącznik nr 3 do pisma procesowego Przystępującego) wykazujące, że w ofercie Przystępującego nie ma żadnych brakujących elementów koncepcji. Dodatkowo, wbrew twierdzeniom Odwołującego, koncepcja Przystępującego zawiera kanały komunikacyjne: ustny oraz pisemny. Przystępujący wskazał np. bezpośredni kontakt telefoniczny czy też newslettery swoich partnerów. Izba nie dopatrzyła się też braków w koncepcji wykonawcy Outworking S.A.

Dalej, Odwołujący stwierdzał, że jego oferta najlepiej metodycznie i logicznie odnosi się do każdego z wymaganych przez Zamawiającego elementów. Niemniej na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnych argumentów podnosząc jedynie, że przyznanie takiej samej punktacji ofertom może świadczyć o działaniu Zamawiającego w celu redukcji zróżnicowania ocen ofert w zakresie pozacenowych kryteriów oceny. Przy czym Odwołujący powoływał się na jeden fragment Karty Oceny oferty, w której członek komisji przetargowej wskazywał, że zaproponował elementy, których nie wymagano, ale mogą być wartościowe. Niemniej jest to zdanie wyrwane z kontekstu, zważywszy na wyliczenie innych krytycznych opinii wobec koncepcji Odwołującego (podnoszono przykładowo, że uzasadnienie jest niespójne i wskazujące, że metoda jest ryzykowna). Natomiast brak takiej uwagi w karcie oceny pozostałych ofert nie przesądza automatycznie, że pozostałe oferty winny zostać ocenione gorzej.

Odwołujący wskazywał również na okoliczność, że sposób przeprowadzenia oceny kryteriów nr 4, 5 i 6 (tj. przyznanie takiej samej, maksymalnej liczby punktów) wszystkim ofertom wskazuje na zamiar Zamawiającego obniżenia znaczenia tych kryteriów na rzecz wzrostu znaczenia kryteriów cenowych (kryteria nr 1, 2 i 3). Powyższe twierdzenia nie zostały w żaden sposób udowodnione. Dostrzec należy, że w treści zarzutu Odwołujący nie skonkretyzował powodów, dla których w tym postępowaniu przeprowadzenie oceny omawianych trzech kryteriów pozacenowych wskazywałoby, że potraktowano je w taki sposób, aby ostatecznie nie miały one realnego wpływu na punktację. Argumentacja Odwołującego jest skonstruowana na dużym poziomie ogólności.

Stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania jest w ocenie Izby nieprzekonujące. Odwołujący podnosi przykładowo fakt braku zawarcia wyczerpującego opisu w odniesieniu do sposobu wykorzystania kanałów komunikacji. Powyższe stwierdzenie jest jednak jedynie oceną Odwołującego nie popartą dowodami. Odwołujący nie wskazał w jaki sposób ocenia czy opis jest wyczerpujący. Zamawiający zaś nie zawarł w postanowieniach SWZ szczególnych wymagań co do liczby stron czy też innych redakcyjnych aspektów koncepcji. Natomiast Przystępujący przygotował 3 strony opisu (31-33) wraz z konkretnymi propozycjami przykładów grafik, komunikatów i haseł, które będzie stosować, a które opisują sposób wykorzystania kanałów komunikacji.

Za nieuprawnione należy też uznać zarzuty Odwołującego dotyczące braku przedstawienia przez Przystępującego sposobu komunikacji przewidzianego dla Zamawiającego, a jedynie przedstawienie zbioru niejasnych oczekiwań. Elementy te zostały wskazane na stronie 33 koncepcji Przystępującego. Ponadto, na uwagę zasługują postanowienia OPZ, gdzie wskazano, że na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia najpóźniej 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy Zamawiający zorganizuje spotkanie organizacyjne, w formie stacjonarnej lub zdalnej, na którym zostaną omówione szczegóły realizacji zamówienia, z uwzględnieniem szczegółowego harmonogramu realizacji

zamówienia, określającego m.in. terminy organizacji poszczególnych zjazdów. Najpóźniej w trakcie spotkania Zamawiający przedstawi Wykonawcy niezbędne dokumenty dotyczące realizacji zamówienia, w tym: minimalny zakres warunków umów z członkami kadry merytorycznej AMI, minimalny zakres warunków umowy z przedsiębiorstwem, wzór zlecenia usług, wzór sprawozdania z wykonania poszczególnych cykli doradczych oraz wzór raportu okresowego wraz ze wzorem wniosku o płatność. Ponadto Strony uzgodnią sposób i formę komunikacji oraz przekazywania dokumentów/materiałów podlegających akceptacji Zamawiającego. Spotkanie będzie miało miejsce w siedzibie Zamawiającego w przypadku spotkania stacjonarnego. Zamawiający dopuszcza możliwość zorganizowania dodatkowego spotkania organizacyjnego, z zastrzeżeniem, że liczba spotkań o tym charakterze nie przekroczy dwóch.

Zarzut Odwołującego sprowadza się de facto do tego, że Zamawiający winien wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą, przyznając pozostałym mniejszą liczbę punktów w kryterium nr 4, 5 i 6. Odwołujący wniósł o przyznanie w ramach kryterium nr 4 wykonawcom Konsorcjum Investin sp. z o.o. oraz Fundacja Zaawansowanych Technologii 6 punktów, a wykonawcy Outworking S.A. 6,5 punktów. Co znamienne, Odwołujący nie podjął nawet próby wskazania za co konkretnie punkty w odniesieniu do poszczególnych wykonawców winny być odjęte. Nie przeprowadził żadnej oceny, na wzór kart oceny członków komisji przetargowej, obrazującej, które aspekty nie powinny być punktowane.

Reasumując, skład orzekający doszedł do przekonania, że nie naruszono przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....