

WYROK
z dnia 21 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2015 r. przez wykonawcę **FBSerwis S. A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **FBSerwis S. A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FBSerwis S. A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 963/15 Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od węzła Czerniewice (z węzłem) do węzła Kutno Północ (bez węzła) od km 151+900 do km 244+300 wraz ze wszystkimi jej elementami w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy.” Wykonawca – FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 24 kwietnia 2015 r. - zaniechanie dokonania takiej zmiany postanowień SIWZ w zakresie jednego z Podkryteriów w kryterium jakościowym - Koncepcja Wykonania Usługi (KWU) - dotyczącego opisu doprowadzenia do wymaganych standardów (pkt 14.1.2 SIWZ, akapit trzeci od dołu), która zapewniłaby precyzyjne wskazanie sposobu dokonywania oceny ofert na jego podstawie lub rezygnację z jego stosowania, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z uwzględnienia wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu („Zarzut nr 1”);
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na ustanowienie sposobu oceny ofert w czterech Podkryteriach w ramach poza cenowego kryterium oceny ofert (Koncepcja Wykonania Usługi) w sposób nieprecyzyjny i podlegający dowolnej ocenie Zamawiającego, dający mu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach podkryteriów, a jednocześnie niepozwalający wykonawcom na ustalenie dokładnych wskazań, jakimi powinni się oni kierować przygotowując jak najkorzystniejszą ofertę, w szczególności:

- (1) bez dookreślenia sposobu lub metody odniesienia, na podstawie której będzie oceniana efektywność proponowanych rozwiązań (działań, technologii, sposobu organizacji pracy, potencjału technicznego i osobowego), a które w znacznej mierze nie są porównywalne oraz
- (2) bez nadania wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego Podkryterium, co powoduje, iż wykonawcy na etapie składania oferty nie mają dostatecznej wiedzy, jakie rozwiązania, cechy czy parametry w zakresie proponowanych przez nich działań utrzymaniowych są z punktu widzenia Zamawiającego najbardziej pożądane i których zaproponowanie pozwoli uzyskać możliwie wysoką liczbę punktów, a nieprecyzyjność SIWZ powoduje, że na etapie oceny ofert osoby weryfikujące

3

opracowania (Konceptje Wykonania Usługi) będą zmuszone dokonywać samodzielnej interpretacji zapisów SIWZ i uzupełniania ich treści, co w konsekwencji będzie prowadziło do niedopuszczalnej na gruncie przepisów ustawy Pzp modyfikacji kryterium oceny ofert („Zarzut nr 2”);

- 3) art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na ustanowienie sposobu oceny ofert w postępowaniu w Podkryterium 1 - Efektywność zaproponowanych w Konceptji Wykonania Usługi działań Wykonawcy dotyczących wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi, zgodnie z którym przygotowana przez wykonawcę Konceptcja, która w żadnej z pozycji elementu drogi nie zostanie oceniona jako najlepsza, w ogóle nie otrzyma punktów w ramach tego podkryterium, co naraża wykonawców na nieuzyskanie jakichkolwiek punktów w ramach tego Podkryterium pomimo, że różnice w Konceptcjach będą niewielkie („Zarzut nr 3”).

W związku z powyższym, wniósł o;

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert we wszystkich czterech Podkryteriach oraz:
 - a) wskazanie w sposób dostatecznie zrozumiały dla wykonawców i niepozwalający na dowolną ocenę i interpretację sposobu oceniania efektywności, skuteczności czy szybkości działań i rozwiązań, których zaproponowanie będzie skutkowało przyznaniem dodatkowych punktów w ramach kryterium poza cenowego, oraz
 - b) nadanie wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium, tj. wskazanie, jaka liczba punktów będzie przyznawana za konkretne rozwiązania proponowane przez wykonawcę (elementy brane pod uwagę przy ocenie efektywności, skuteczności czy szybkości działań wskazanych w KWU), oraz
- 3) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w Podkryterium 1 i wykreślenia postanowienia zgodnie z którym konceptcja, która w żadnej z pozycji elementu drogi nie zostanie oceniona jako najlepsza nie otrzyma punktów w ramach tego podkryterium, ewentualnie
- 4) nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ i nadanie pkt 14.2. SIWZ następującej treści:
 - 14.2.Sposób oceny ofert w ramach kryterium Konceptcja wykonania usługi
 - 14.2.1.Konceptcja Wykonania Usługi, to opracowanie (zwane dalej „Opracowaniem” lub „Konceptcją”) dotyczące utrzymania Drogi będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, zawierające przygotowany przez Wykonawcę opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w Opisie Przedmiotu Zamówienia standardu Drogi oraz innych określonych w umowie standardów wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników

4

dróg oraz minimalizacji strat w przejeździe utrzymywaną Drogą przez 24 godz/dobę. Konceptcja przedstawiona przez Wykonawcę stanowić będzie integralną część Umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą. W związku z tym, Wykonawca musi być świadomy, że ma ono charakter wiążący, a Wykonawca będzie odpowiedzialny za zaproponowane rozwiązania wobec Zamawiającego.

14.1.2. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że jego Oferta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca w sposób niebudzący wątpliwości, nie później niż w terminie składania ofert,

musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Komisja ocenia składaną przez Wykonawcę Koncepcję w oparciu o przygotowane przez Wykonawcę propozycje Programów działań, w zakresach określonych w punktach jak niżej, mających na celu zapewnienie utrzymania określonego w Opisie Przedmiotu Zamówienia standardu Drogi oraz innych określonych w umowie standardów wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat w przejeździe utrzymywaną Drogią przez 24 godz./dobę.

14.2.2. Program nr 1, w którym Wykonawca opisze sposób zarządzania pracami utrzymaniowymi oraz innymi czynnościami zapewniającymi bezpieczeństwo użytkowników dróg, w tym wskaże metodę/sposób i częstotliwość dokonywania objazdów drogi przez 24h/dobę monitorowania stanu bezpieczeństwa ruchu drogowego, zasady monitorowania i kontroli jakości utrzymania standardów Drogi z uwzględnieniem czasów doprowadzenia do standardów, a także przedstawi harmonogram przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych, oraz sposób organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania, zapewniając ciągłość procesu decyzyjnego przy zachowaniu wymagań określonych przez Zamawiającego dla osoby Kierownika Utrzymania.

W ramach oceny Programu nr 1 każdy z członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi przyzna:

- a. 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 1 zgodnego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w OPZ tj. zapewniającego dokonywanie objazdów drogi bez wskazywania częstotliwości;
- b. 1 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 1 zapewniającego monitorowania drogi przez 24 godz./dobę polegającego na dokonywaniu objazdów drogi z częstotliwością co 4 godziny w ciągu doby;
- c. 2 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 1 zapewniającego monitorowania drogi przez 24 godz./dobę polegającego na dokonywaniu objazdów drogi z

5

częstotliwością co 2 godziny w ciągu dnia (od godz. 6:00 rano do godz. 22:00) i co 4 godz. w ciągu nocy (od godz. 22:00 do godz. 6:00 rano).

14.2.3. Programy nr 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, w których Wykonawca przedstawi sposób prowadzenia prac utrzymaniowych, wymagających zastosowania specjalistycznego sprzętu, materiałów, technik, zapewniających utrzymanie standardu Drogi, ze szczególnym uwzględnieniem bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz minimalizacji strat w czasie przejazdu w zakresie poniższych prac:

14.2.2.1 Program nr 2.1. Zimowe utrzymanie Drogi, w ramach którego Wykonawca przedstawi opis 1 technologii i organizacji pracy utrzymaniowej wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze ze wskazaniem czasu reakcji i likwidacji danego zjawiska atmosferycznego oraz sposobem zapewnienia odpowiednich materiałów do zimowego utrzymania Drogi w przypadku wystąpienia następujących zjawisk na drodze (Zamawiający oczekuje opisu i schematów dotyczących wszystkich działań jakie, w ocenie Wykonawcy, będą miały miejsce od momentu powzięcia informacji o możliwości ich wystąpienia do czasu osiągnięcia wymaganego standardu): a) szadzi; b) gołoledzi; c) ciągłych opadów śniegu; W ramach oceny Programu nr 2.1 każdy z członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium K przyzna:

- a. 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.1, zapewniającego dotrzymanie standardów utrzymania drogi na poziomie określonym przez Zamawiającego w OPZ;
- b. 1 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.1 zapewniającego wyższy standard zimowego utrzymania drogi poprzez likwidację występujących zimowych zjawisk atmosferycznych w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ.

Uwaga: czas krótszy niż wymagany przez Zamawiającego w OPZ oznacza likwidację zimowych zjawisk atmosferycznych w czasie krótszym o 1 godzinę niż Zamawiający wymaga w OPZ.

Przy czym:

- W przypadku wskazania przez Wykonawcę czasu krótszego niż 1 godzina np. 50 minut, Zamawiający przyzna 0 punktów za Program 2.1.
- W przypadku wskazania czasu równego lub dłuższego niż 1 godzina Zamawiający przyzna

1 punkt za Program 2.1.

14.2.2.2. Program nr 2.2. Utrzymanie zieleni, w ramach którego Wykonawca przedstawi opis technologii i organizacji pracy utrzymania roślinności niskiej (trawy) w poniższych obszarach: a) od przeciwskarp do linii rozgraniczających; b) w koronie drogi; c) w rowie. W ramach oceny Programu nr 2.2 każdy z członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi przyzna:

6

-
- a. 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.2. zapewniającego dotrzymanie standardów utrzymania drogi na poziomie określonym przez Zamawiającego w OPZ;
 - b. 1 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.2. zapewniającego wyższy standard utrzymania drogi poprzez doprowadzenie elementów drogi do wymaganego standardu w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ, tj. wykonywanie zabiegów utrzymaniowych na zieleni w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ.

Uwaga: czas krótszy niż wymagany przez Zamawiający w OPZ oznacza wykonywanie zabiegów na zieleni w czasie krótszym o 1 dzień niż Zamawiający wskazał w OPZ. Przy czym:

- W przypadku podania przez Wykonawcę w Programie 2.2. czasu krótszego niż 1 dzień np. 20 godzin, Zamawiający przyzna 0 punktów za Program 2.2..
- W przypadku podania przez Zamawiającego w Programie 2.2. czasu równego lub dłuższego niż 1 dzień Zamawiający przyzna 1 punkt za Program 2.2..

14.2.2.3. Program nr 2.3. Utrzymanie czystości na Drodze, w ramach którego Wykonawca przedstawi opis organizacji pracy utrzymania porządku i czystości Drogi ze wskazaniem czasu doprowadzenia do wymaganego standardu: a) w koronie drogi; b) na drodze o innej funkcji niż krajowa; c) na MOP.

W ramach oceny Programu nr 2.3 każdy z członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi przyzna:

- a. 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.3. zapewniającego dotrzymanie standardu wymaganego przez Zamawiającego w OPZ;
- b. 1 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.3. zapewniającego wyższy standard utrzymania drogi poprzez doprowadzenie elementów drogi do wymaganego standardu w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ, tj. usuwanie wszelkich zanieczyszczeń (np. gałęzie, śmieci) w czasie krótszym niż wymagany przez Zamawiającego w OPZ.

Uwaga: czas krótszy niż wymagany przez Zamawiający w OPZ oznacza spełnienie łącznie przez Wykonawcę warunku podanego w punkcie A i B:

- A) 1 dzień dla elementów, dla których Zamawiający wskazał w OPZ czas doprowadzenia do standardu liczony w dniach. Przy czym:
 - W przypadku podania przez Wykonawcę w Programie 2.3. czasu krótszego niż 1 dzień np. 20 godzin, Zamawiający przyzna 0 punktów za Program 2.3.
 - W przypadku podania przez Wykonawcę w Programie 2.3. czasu równego lub dłuższego niż 1 dzień Zamawiający przyzna 1 punkt za Program 2.3.

7

B) 1 godzinę dla elementów, dla których Zamawiający wskazał w OPZ czas doprowadzenia do standardu liczony w godzinach (MOP, OUS). Przy czym:

- W przypadku wskazania przez Wykonawcę czasu krótszego niż 1 godzina np. 50 minut, Zamawiający przyzna 0 punktów za Program 2.3.
- W przypadku wskazania czasu równego lub dłuższego niż 1 godzina Zamawiający przyzna 1 punkt za Program 2.3.

14.2.2.4. Program nr 2.4. Opis utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, na przykładzie barier ochronnych

W ramach oceny Programu nr 2.4 każdy z członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi przyzna:

- a. 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu Programu 2.4. zapewniającego

doprowadzenia do standardu barier ochronnych w czasie wymaganym przez Zamawiającego w OPZ

- b. 1 pkt za opracowanie i przedłożenie zamawiającemu Programu 2.4. zapewniającego wyższy standard utrzymania drogi poprzez doprowadzenie barier ochronnych do wymaganego standardu w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ.

Uwaga: czas krótszy niż wymagany przez Zamawiający w OPZ oznacza doprowadzenie barier ochronnych do wymaganego standardu w czasie krótszym o 1 dzień niż Zamawiający wymaga w OPZ. Przy czym:

-W przypadku podania przez Wykonawcę w Programie 2.4. czasu krótszego niż 1 dzień np. 20 godzin, Zamawiający przyzna 0 punktów za Program 2.4.

-W przypadku podania przez Zamawiającego w Programie 2.4. czasu równego lub dłuższego niż 1 dzień Zamawiający przyzna 1 punkt za Program 2.4.

14.2.4. Program nr 3, w którym Wykonawca przedstawi sposób zarządzania, działania, czas zabezpieczenia zdarzenia i usunięcia zagrożenia w sytuacjach wymagających doraźnej interwencji służb utrzymaniowych. W ramach Programu Wykonawca przedstawi:

1) Sposób pozyskiwania informacji o zdarzeniach wymagających doraźnej interwencji służb utrzymaniowych.

2) Opis podejmowanych działań w przypadku: a) kolizji, b) wypadku, c) utraty przepustowości (zator) drogi wskutek opadów śniegu, d) martwego zwierzęcia, e) ranego zwierzęcia, f) przebywającego na drodze zwierzęcia.

W każdym z wyżej wymienionych przypadków opis działań powinien zawierać w szczególności organizację pracy Kierownika Utrzymania oraz podległych mu osób uczestniczących w procedurze podejmowania decyzji dot. podjęcia działań¹, czas zabezpieczenia zdarzenia i usunięcia zagrożenia rodzaj podjętych działań¹ oraz wskazanie¹ organów, instytucji i innych podmiotów niezbędnych według Wykonawcy do likwidacji zdarzenia (jeśli jest to konieczne / uzasadnione przepisami obowiązującego prawa).

8

W ramach oceny Programu nr 3 każdy z członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi przyzna:

a. 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Programu 2.4. zapewniającego zabezpieczenia powstałego zagrożenia w ruchu w czasie wymaganym przez Zamawiającego w OPZ.

b. 1 pkt za przedstawienie Programu 2.4. zapewniającego zabezpieczenie powstałego zagrożenia w ruchu w czasie krótszym niż wymagany przez Zamawiającego w OPZ.

Uwaga: czas krótszy niż wymagany przez Zamawiający w OPZ oznacza zabezpieczenie danego zdarzenia w czasie krótszym o 30 minut niż Zamawiający wymaga w OPZ. Przy czym:

- W przypadku wskazania przez Wykonawcę czasu krótszego niż 30 minut np. 25 minut, Zamawiający przyzna 0 punktów za Program 3.

- W przypadku wskazania czasu równego lub dłuższego niż 30 minut Zamawiający przyzna 1 punkt za Program 3.

14.2.4 Koncepcja oceniana będzie indywidualnie przez wyznaczonych Członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi, według powyższych opisów ocen zgodnie z określoną punktacją. Dla każdego z ocenianych Programów nr 1,2,1,2,2,2,3,2,4,3 wyciągana jest średnia z ocen. Następnie z osiągniętych w każdym z Programów średnich ocen, Zamawiający wyliczy sumę średnich ocen. Ostateczna ocena uzyskana przez daną Ofertę w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi obliczona zostanie wg poniższego wzoru: $K0 = Ko / Kn \times 30\%$; gdzie: Ko -punktacja przyznana dla ocenianej Koncepcji oraz Kn - najwyższa punktacja ze wszystkich ocenianych Koncepcji.

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący w szczególności podał, co następuje:

Zgodnie z dokumentacją postępowania, Koncepcja stanowi przygotowane przez wykonawcę opracowanie dotyczące utrzymania drogi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, zawierające opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w SIWZ standardu drogi wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą przez 24 godziny na dobę. Ustalone w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria oceny ofert zostały doprecyzowane w treści SIWZ w punkcie 14 (str. 15 pierwotnej SIWZ). Zamawiający wskazał w nim, że za kryterium ceny przyzna wykonawcy maksymalnie 70 punktów, zaś za

Koncepcie (stanowiącą kryterium poza cenowe) maksymalnie 30 punktów (punkty 14.1.1, 14.1.2 pierwotnej SIWZ). Pierwotna treść SIWZ w zakresie punktu 14 (str. 15 SIWZ) zawierająca kryteria oraz sposób oceny ofert została zaskarżona przez Odwołującego w drodze odwołania wniesionego do KIO w dniu 24 kwietnia 2015 r. Przedmiotem zaskarżenia

9

był nieprecyzyjny zapis w zakresie opisu sposobu oceny tylko jednego z pod kryteriów oceny Koncepcji - opis doprowadzenia do wymaganych standardów (pkt 14.1.2, str. 16 pierwotnej SIWZ). W dniu 29 kwietnia 2015 r., w odpowiedzi na wniesione odwołanie, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz poinformował o powtórzeniu czynności sporządzenia kryteriów oceny ofert w zakresie objętym odwołaniem. Jednocześnie Zamawiający dokonał gruntownej modyfikacji nie tylko jednego z dwóch kryteriów, modyfikując całkowicie opis sposobu oceny poza cenowego kryterium oceny ofert (Koncepcja Wykonania Usługi w stosunku do wszystkich czterech podkryteriów. Dokonał zatem nowej czynności (znacznie wykraczające! poza ramy określone zarzutami i wnioskami odwołania z dnia 24 kwietnia 2015 r.) - która to czynność, jak każda inna czynność lub zaniechanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, może zostać zaskarżona w ramach przysługujących wykonawcy środków ochrony prawnej. Wykonawca stwierdził, że dokonana zmiana treści SIWZ w zakresie Podkryterium 1 nie uczyniła zadość postulatowi sformułowanemu w odwołaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r., nie doprowadziła bowiem do precyzyjnego wskazania sposobu dokonywania oceny ofert w zakresie tego Podkryterium, ani też nie polegała na rezygnacji z jego stosowania (pkt 2 petitum odwołania z dnia 24 kwietnia 2015 r.). W ramach nowego brzmienia SIWZ, wykonawcy zobligowani zostali do przedstawienia w ramach Koncepcji, opisu czterech charakterystyk działań jakie będą podejmowali w ramach realizacji umowy z Zamawiającym. Każdy z przedstawionych opisów jest odrębnie punktowany, w ten sposób, że maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania za wszystkie cztery opisy wynosi 30 punktów, czyli tyle ile cała KWU. W rezultacie, zgodnie z nowym brzmieniem SIWZ, Zamawiający wskazał de facto cztery podkryteria dla pozacenowego kryterium oceny ofert tj.: Efektywność zaproponowanych w KWU działań wykonawcy dotyczących wdrożenia i utrzymania standardu drogi-maksymalnie 8 punktów; Efektywność prowadzenia monitoringu - maksymalnie 7 punktów; Szybkość reakcji na zidentyfikowane zagrożenie - maksymalnie 7 punktów; oraz Efektywność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi - maksymalnie 8 punktów. W ramach każdego z wyżej wymienionych podkryteriów, Zamawiający wskazał wprawdzie jakie elementy przedstawionych opisów będzie brał pod uwagę, jednak: a) opisał ww. elementy w sposób bardzo ogólny, za pomocą sformułowań pozostawiających ogromne pole do dalszej interpretacji oraz nie wskazując sposobu, w jaki będzie oceniał efektywność proponowanych przez wykonawcę rozwiązań, oraz b) nie nadał znaczenia poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium (nie ustalił wagi punktowej, jakie ww. elementy dla niego mają). Ilustracją dla zasygnalizowanego problemu jest przykład Podkryterium 1 w ramach którego oceniana będzie koncepcja pod względem skuteczności zaproponowanych przez wykonawcę działań dla wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi w okresie trwania Umowy przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa

10

użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymania dróg (str. 12 SIWZ Zmiany treści SIWZ z 29 kwietnia 2015 r.). Przywołany opis sposobu oceny ofert w ramach Podkryterium 1 jest nieprecyzyjny i posługuje się pojęciami, które nie mają jasno sprecyzowanych desygnatów zarówno na gruncie języka powszechnego, jak i specjalistycznej wiedzy technicznej z zakresu świadczenia usług utrzymaniowych i drogowych. Pojęcia takie mają wiele potencjalnych znaczeń, zaś Zamawiający w żaden sposób nie określił, jakie znaczenie w tym konkretnym przypadku im przypisuje. Nie jest jasne, czy przez „skuteczność”, „efektywność” Zamawiający rozumie to, jak szybko dane działanie może doprowadzić do wdrożenia standardu (efektywność czasowa), czy też jak oszczędne jest dane rozwiązanie (efektywność kosztowa), czy też jak bezpieczne jest dla środowiska (efektywność energetyczna) albo jak trwałe efekty pozwala osiągnąć (trwałość), jaką jakość będą miały elementy drogi podlegające naprawie lub wymianie (efektywność jakościowa) itp. Przykłady interpretacji pojęcia „skuteczności” dla poszczególnych działań mogą być mnożone. Ocena

proponowanych przez wykonawców konkretnych rozwiązań w oparciu o kryterium „efektywności” czy „skuteczności” może w zależności od preferencji, oczekiwań i interpretacji osoby dokonującej oceny prowadzić do odmiennych rezultatów. Zamawiający może zatem w praktyce dowolnie oceniać, czy określone przez wykonawcę działanie jest „skuteczne” czy też „skuteczniejsze” od działania proponowanego przez jego konkurenta. Oceny takiej wykonawca nie będzie mógł w żaden na etapie wyboru oferty zweryfikować, nie wiedząc, w jaki sposób Zamawiający efektywność danego działania oceniał (jakimi metodami, miernikami czy normami odniesienia się Zamawiający posługiwał). Wykonawca zaznaczył, że (...) na gruncie usług utrzymaniowych każdy z podmiotów świadczących te usługi indywidualnie dobiera na potrzeby swej działalności odpowiednie środki techniczne, technologiczne oraz organizacyjne według własnej oceny ich skuteczności oraz efektywności ich zastosowania. Rozwiązania stosowane przez różnych wykonawców oraz poszczególne technologie są w przeważającej mierze nieporównywalne, a jedynym miernikiem ich skuteczności jest zbadanie, czy na skutek ich zastosowania wykonawca zapewnił utrzymanie danego elementu drogi w wymaganym standardzie, z zachowaniem określonych zapisami OPZ terminów na usunięcie wszelkich odstępstw. Ocena taka dotyczy jednak skutków podjętych działań - rezultatów wynikających z ich zastosowania - a zatem próba jej dokonywania przed przystąpieniem do świadczenia usługi siłą rzeczy prawidłowa nie będzie”. Wykonawca podał także, że (...) W dalszej części SIWZ można znaleźć stwierdzenie, że w zakresie porównania działań zadeklarowanych w KWU a działań koniecznych dla utrzymania wymaganego w dokumentacji przetargowej standardu drogi Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy KWU zwiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania wdrożenia i utrzymania (doprowadzenia do) określonego w

11

SIWZ standardu ww. poszczególnych elementów drogi, potencjał techniczny jaki będzie używany do doprowadzenia do wymaganego standardu, a także liczbę osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby, w tym liczbę osób wchodzących w skład zespołów patrolowych, roboczych i interwencyjnych. Jednocześnie, Zamawiający w żaden sposób nie wskazał znaczenia (wagi punktowej) nadanej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach tego podkryterium”. Ten zapis – zdaniem Odwołującego – (...) prowadzi w konsekwencji do tego, że wykonawcy biorący udział w Postępowaniu nie posiadają wystarczającej wiedzy odnośnie tego jak przygotować swoją ofertę na potrzeby uzyskania jak największej liczby punktów w ramach przedmiotowego podkryterium. Z przytoczonych powyżej zapisów SIWZ nie wynika bowiem wyraźnie, które elementy opisu działań (np. przeznaczenie przez wykonawców jak największej liczby osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby czy zastosowanie nowoczesnych pojazdów w ramach posiadanego potencjału technicznego) będą oceniane lepiej a które gorzej”. Podał, że (...) Przykładowo jeden z wykonawców może uważać, że wyższą skuteczność zapewni skierowanie do utrzymania zimowego autostrady mniejszej liczby solarek o większej pojemności i pługów o większej szerokości, podczas gdy inny, że bardziej efektywne będzie skierowanie pojazdów mniejszych w większej ilości. Rozstrzygnięcie, które z ww. rozwiązań zapewni bardziej efektywne wdrożenie i utrzymanie standardu, dokonywane w oparciu o subiektywną ocenę, może prowadzić do odmiennych rezultatów”. Analogiczne nieprecyzyjności wykonawca dostrzegł w opisie subkryteriów nr 3 (szybkość reakcji na zidentyfikowane zagrożenie; dalej: „Subkryterium 3”) i 4 (Efektywność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi; dalej: „Subkryterium 4”). W zakresie Subkryterium 3 Zamawiający wskazał, że uwzględni przy ocenie opis działań od momentu stwierdzenia zagrożenia na drodze, nieprawidłowości lub niewłaściwego standardu, przyjęte wewnętrzne regulacje określające sposób reagowania na zagrożenia i zapewniające ciągłość procesu decyzyjnego, w tym sposób organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania, potencjał techniczny wykorzystany do utrzymania (doprowadzenia do) standardu poszczególnych elementów drogi (rodzaj i ilość) np. samochody (liczba, rodzaj, rok produkcji), wyposażenia technicznego, liczba osób skierowanych do utrzymania poszczególnych elementów drogi (im większa tym lepsza), liczba osób wchodzących w skład zespołów roboczych i interwencyjnych, Nie wiadomo jednak, jak Zamawiający będzie każdy z tych elementów poddawał ocenie (w szczególności jaki potencjał techniczny (np. jaki rodzaj sprzętu) uznaje za kluczowy i zapewniający największą szybkość doprowadzenia drogi do standardu, jaki rodzaj samochodów jest dla niego najważniejszy, które z parametrów wyposażenia technicznego, które elementy wyposażenia Bazy Wykonawcy, jaki sposób

organizacji pracy jest zdaniem Zamawiającego najbardziej skuteczny. Nie jest również jasne, w jaki sposób i w oparciu o jakie czynniki, parametry czy cechy) zamawiający ww.

12

efektywność / szybkość chce oceniać. W ramach Subkryterium 4 Zamawiający chce natomiast oceniać, czy proponowane rozwiązania będą pozwalały na efektywną identyfikację i likwidację zagrożeń na drodze), biorąc pod uwagę opis i schemat dotyczący wszystkich działań jakie, w ocenie Wykonawcy, będą miały miejsce od momentu powzięcia informacji o możliwości wystąpienia poszczególnych zjawisk do czasu osiągnięcia wymaganego standardu, technologię i organizację pracy utrzymaniowej (np. podanie stopni gotowości pracy w sezonie zimowym) wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze, sposób zapewnienia odpowiednich materiałów do zimowego utrzymania drogi w przypadku wystąpienia powyższych zjawisk na drodze, zabezpieczenie dodatkowej lokalizacji z miejscem do składowania materiałów do zwalczania śliskości oraz wytwornicą solanki, z których m. in. będzie wspomagana akcja zimowego utrzymania drogi, przyjęte wewnętrzne regulacje określające sposób reagowania na zagrożenia i zapewniające ciągłość procesu decyzyjnego, w tym sposób organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania, potencjał techniczny wykorzystany do doprowadzenia do standardu drogi (rodzaj i ilość) np. samochody (liczba, rodzaj, rok produkcji) i ich wyposażenie, wyposażenie bazy wykonawcy, jakość (parametry) wyposażenia technicznego, liczba osób skierowanych do utrzymania drogi (im większa tym lepsza ocena), liczba osób wchodzących w skład zespołów roboczych i interwencyjnych, metoda prowadzenia monitoringu drogi w okresie zimowym. Zamawiający nie określa jednak sposobu oceny ww. efektywności, w szczególności nie wskazał, jak oceni, czy dana metoda prowadzenia monitoringu jest bardziej efektywna niż inna metoda (różne metody często są nieporównywalne), jaki sposób organizacji pracy utrzymaniowej jest i jego zdaniem najbardziej efektywny, jakie parametry pojazdów, wyposażenia technicznego, czy Bazy Wykonawcy czy jakie technologie będzie punktował najwyżej. Zdaniem Odwołującego (...) Biorąc pod uwagę aktualne zapisy SIWZ Zamawiający może zatem praktycznie w dowolny sposób oceniać rozwiązania proponowane przez wykonawców w koncepcjach uznając je, według swej własnej oceny za bardziej lub mniej skuteczne/efektywne lub zapewniające lepszą szybkość doprowadzenia Drogi do standardu. Można sobie łatwo wyobrazić hipotetyczną sytuację, w której dwóch wykonawców inaczej zinterpretuje opis np. drugiego podkryterium oceny ofert (tj. Efektywność prowadzenia monitoringu). Jeden z wykonawców wyjdzie z założenia, że najlepszym sposobem zapewnienia efektywności monitoringu będzie zapewnienie jak największej liczby kamer. Drugi będzie stał na stanowisku, że nic nie zapewni bardziej efektywnego systemu monitoringu niż skierowanie jak największej liczby osób wchodzących w skład zespołów patrolowych. W świetle obecnego brzmienia SIWZ, przedstawione przez tych dwóch wykonawców Koncepcje będą nieporównywalne a to, która z nich uzyska większą liczbę punktów będzie zależało wyłącznie od arbitralnej i subiektywnej oceny Zamawiającego". Dalej stwierdził, że (...) Aktualne brzmienie treści SIWZ (nadane zmianą z dnia 29 kwietnia

13

2015 r.) implikuje sytuację, w której Wykonawca składając swą ofertę nie będzie wiedział, jakie rozwiązanie winien zaoferować, aby otrzymać najwyższą ocenę. Musi jednak opracować i przedstawić w ofercie proponowane przez siebie rozwiązanie, poddając je ocenie ze strony Zamawiającego. Zamawiający ma ocenić i porównać wszystkie rozwiązania według własnego przekonania oraz sobie tylko znanych mierników efektywności, nieujawnionych wykonawcom na etapie złożenia oferty". Podał również, że (...) Nie negując co do zasady prawa Zamawiającego do dokonywania takiej subiektywnej oceny (Zamawiający może w ramach swoich kompetencji uznawać pewne rozwiązania za bardziej sprawdzone, nowoczesne lub też bardziej efektywne od innych rozwiązań oraz w związku z tym dążyć do ich uzyskania od wykonawcy) ,, Zamawiający na etapie przygotowywania ofert przez wykonawców powinien (...) swoimi przekonaniem w przedmiotowym zakresie podzielić się z Wykonawcami. W szczególności powinien wskazać swoje preferencje co do proponowanych działań oraz określić, w jaki sposób będzie oceniał ich efektywność, skuteczność czy szybkość podejmowanych działań". Zaznaczył, że we wszystkich takich przypadkach, w których wykonawcy muszą się domyślać, jakie rozwiązania Zamawiający uznaje za bardziej lub mniej efektywne dla wdrożenia standardu (i tym samym które z nich

oceni wyżej), na uprzywilejowanej pozycji stoją dotychczasowi kontrahenci Zamawiającego - którzy z racji aktualnej z nim współpracy jego preferencje już znają i mogą przewidywać wynik jego oceny „efektywności” i „skuteczności” konkretnych rozwiązań. Podał także, że (...) wprawdzie w treści SIWZ w ramach każdego z podkryteriów, wyodrębnione zostały elementy, które Zamawiający będzie brał pod uwagę jednakże dla żadnego z nich nie podano znaczenia (wagi) na potrzeby przyznawania punktów w ramach danego podkryterium. Obecny kształt SIWZ daje zatem Zamawiającemu pełną swobodę arbitralnej oceny w ramach każdego z podkryteriów, a jednocześnie nie pozwala wykonawcom na ustalenie dokładnych kryteriów, jakimi powinni się oni kierować przygotowując jak najkorzystniejszą ofertę. Wykonawcy nie wiedzą, czy przygotowując ofertę na rzecz Zamawiającego winni skoncentrować się np. na zapewnieniu potencjału technicznego (sprzęt, pojazdy itp.), czy ludzkiego (liczba pracowników, Ich doświadczenie) - nie wiedzą bowiem, który z tych elementów jest dla Zamawiającego bardziej efektywny”. W odniesieniu do wszystkich czterech podkryteriów stwierdził, że wykonawcy nie posiadają zupełnie wiedzy odnośnie tego jak przygotować ofertę na potrzeby uzyskania jak największej liczby punktów. W przypadku pierwszego podkryterium, dochodzi jeszcze dodatkowo ryzyko nieotrzymania jakichkolwiek punktów w ogóle, pomimo przedstawienia Koncepcji. W praktyce, może to prowadzić do sytuacji, w której koncepcja wykonawcy nie zostanie uznana za najlepszą w żadnej z pozycji elementu drogi (wykonawcy nie wiedzą bowiem które elementy będą najlepiej oceniane) i w konsekwencji wykonawca taki otrzyma 0 punktów za całe podkryterium.

14

Zdaniem Odwołującego dokonując w dniu 29 kwietnia 2015 r. modyfikacji treści SIWZ i jednocześnie wskazując na uwzględnienie odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 24 kwietnia 2015 r. Zamawiający w całości naruszył normę prawną art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający tylko pozornie uwzględnił żądania podniesione w odwołaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r. Uszczegółowił on wprawdzie zapisy SIWZ dotyczące pierwszego z podkryteriów KWU dotyczącego „opisu doprowadzenia do wymaganych standardów” (aktualnie Podkryterium 1 dotyczy „efektywności zaproponowanych w Koncepcji działań”) w zakresie elementów, które będzie brał pod uwagę przy ocenie koncepcji w ramach Podkryterium 1. Do takich elementów Zamawiający zaliczył m.in. ryzyka braku dotrzymania standardów jakości wynikające z przedłożonej przez wykonawcę KWU poprzez porównanie działań zadeklarowanych w KWU a działań koniecznych dla utrzymania wymaganego w dokumentacji przetargowej standardu drogi, a także to, czy KWU zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania wdrożenia i utrzymania (doprowadzenia do) określonego w SIWZ standardu ww. poszczególnych elementów drogi, potencjał techniczny jaki będzie używany do doprowadzenia do wymaganego standardu, a także liczbę osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby, w tym liczbę osób wchodzących w skład zespołów patrolowych, roboczych i interwencyjnych. Wskazał jednocześnie, że w ramach Podkryterium 1 ocenie ma podlegać skuteczność proponowanych przez wykonawców działań, a Koncepcja, która będzie przewidywała najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla danej pozycji drogi otrzymać ma procent wagi przypisany dla danej pozycji elementu drogi w odpowiedniej tabeli załączonej do OPZ. Zdaniem wykonawcy, powyższy opis trudno jest uznać za postulowane przez Odwołującego precyzyjne opisanie sposobu dokonywania oceny ofert, albowiem wykonawca w odwołaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r. wskazywał w sposób jednoznaczny, że samo podanie elementów podlegających ocenie w ramach subkryterium nr 1 nie było wystarczające - niezbędne w jego ocenie było również opisanie sposobu, w jaki te elementy miałyby być punktowane (patrz pkt. 2.4 odwołania z dnia 24 kwietnia 2015 r.). Lakoniczne stwierdzenie w treści SIWZ, iż wspomniane elementy będą oceniane pod kątem „skuteczności”, za dostateczne sprecyzowanie ww. opisu sposobu punktowania uznane być nie może.

15

Odnosnie drugiego z zarzutów [naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp] stwierdził, że (...) Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert mają charakter zasadniczy. Stanowią one podstawowy instrument identyfikacji oferty najkorzystniejszej, co wprost wynika z treści art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Określenie kryteriów, na podstawie których zostanie w danym postępowaniu wyłoniona oferta najkorzystniejsza stanowi wyłączne uprawnienie zamawiającego. To bowiem zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby i tylko on jest w stanie określić, jakie dokładnie świadczenie takie potrzeby w najwyższym stopniu zaspokoi". Podał również, że brak wyczerpującego określenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp przez ustawodawcę katalogu kryteriów służących do oceny ofert nie oznacza jednak, aby zamawiający miał możliwość kształtowania ich w sposób całkowicie dowolny. Wskazując na orzecznictwo, w tym orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE stwierdził, że specyfikacja powinna zawierać opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a zatem (...) Zamawiający realizując obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 13) Pzp powinien wskazać na elementy, które będzie oceniał wyżej a które niżej, po to aby wykonawcy przygotowujący oferty mogli przedłożyć oferty w jak największym stopniu spełniające wymagania zamawiającego. W przeciwnym razie, nie jest możliwe ustalenie, jakie rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę uzyska określoną (maksymalną) liczbę punktów. Co więcej, opis sposobu dokonywania oceny ofert w ramach danego kryterium powinien być na tyle precyzyjny aby umożliwiał merytoryczne rozstrzygnięcie wyższości jednej oferty nad drugą". W ocenie Odwołującego, (...) opis sposobu oceny ofert w ramach kryterium KWU, w szczególności w zakresie Podkryterium 1, 3 i 4, opisanych powyżej wymogów nie spełnia. Ocenianie opisanych w SIWZ elementów w oparciu o ich „efektywność”, „skuteczność” czy też „pozwalenie na jak najszybszą likwidację zagrożeń na drodze” nie pozwala w istocie ustalić, czego Zamawiający oczekuje. Nie jest bowiem jasne, w jaki sposób zamawiający będzie owa „skuteczność” porównywał w zakresie takich elementów, jak stosowane technologie, metody działania, czy organizacja. Nie jest również wiadome, jak Zamawiający zamierza porównywać efektywność / skuteczność stosownego sprzętu, w szczególności jakie jego cechy, parametry czy funkcje będzie premiował jako najbardziej istotne dla zapewnienia najbardziej „efektywnego”, „skutecznego” czy „szybkiego” wdrożenia i utrzymania standardu dla poszczególnych elementów autostrady A1". Ponadto (...) (...) opis ww. podkryteriów nie wskazuje na jakiej zasadzie będą przyznawane punkty w ramach danego podkryterium. Dokonany przez Zamawiającego opis nie zapewnia zatem obiektywnej oceny oraz porównywalności ofert a także nie gwarantuje wykonawcom możliwości weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Tym samym, opis sposobu oceny ofert w ramach kryterium KWU został

16

wskazany przez Zamawiającego w sposób naruszający fundamentalne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". W świetle powyższego, (...) Zamawiający powinien dokładnie określić, za co i w jakiej liczbie będzie przyznawał punkty w ramach podkryteriów poza cenowego kryterium oceny ofert (KWU) a nie poprzestać jedynie na wymienieniu elementów, które będzie brał pod uwagę bez wskazania znaczenia (wagi) tych elementów. Wprawdzie Zamawiający wskazał w SIWZ jakie elementy będzie brał pod uwagę oceniając KWU w ramach każdego z podkryteriów jednak w żaden sposób nie sprecyzował, jak będzie punktował te elementy". Dalej podał, że w oparciu o obecną treść SIWZ, Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, jakie są rzeczywiste oczekiwania Zamawiającego, co do merytorycznej zawartości KWU. Brak odpowiedniej informacji powoduje istotne ryzyko, że każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie w inny sposób odczyta oczekiwania Zamawiającego, a w konsekwencji Konceptje złożone wraz z ofertami będą nieporównywalne, co zaburzy wyniki ich oceny. Zamawiający powinien mieć na uwadze, że wykonawca sporządzając ofertę ma główny cel, którym jest takie dostosowanie treści oferty do SIWZ, aby oferta spełniała w sposób najpełniejszy warunki i kryteria zawarte w specyfikacji, aby w efekcie oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przez Zamawiającego. Zamawiający posiadając te dane musi je przekazać wykonawcom, tak aby w takich samych warunkach mogli sformułować swoje oferty. Stwierdził także, że (...) Obecnie brzmienie SIWZ utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców narażając ich na arbitralną i dowolną ocenę

ofert przez Zamawiającego bądź przyznanie mniejszej ilości punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązań, które byłyby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będą one dodatkowo punktowane". Zwrócił również uwagę, że „Zamawiający dopuścił wprost w SIWZ (str. 8 Zmiany treści SIWZ z 29 kwietnia 2015 r.) możliwość zastrzeżenia przez wykonawców Koncepcji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę, że zapewne większość wykonawców zdecyduje się na taki właśnie krok, wobec nieprecyzyjnego opisu sposobu oceny ofert (brak nadania wagi poszczególnym obszarom ocenianym w ramach podkryteriów), możliwość zweryfikowania dokonanej oceny ofert przez Zamawiającego będzie w praktyce niemożliwa". Jego zdaniem, (...) W przeciwieństwie do obecnego brzmienia SIWZ, Zamawiający poprawnie opisał sposób oceny większości podkryteriów w pierwotnej treści SIWZ. Przykładowo, dla podkryterium nr 3 Zamawiający sprecyzował (str. 19 SIWZ pierwotnego SIWZ), że w ramach jego oceny każdy z członków komisji oceniającej przyzna: 0 pkt za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu opisu zapewniającego dotrzymanie standardów utrzymania drogi na poziomie określonym przez Zamawiającego w OPZ; 5 pkt - za opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu opisu zapewniającego wyższy standard utrzymania drogi poprzez doprowadzenie elementów drogi do wymaganego

17

standardu w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ (co najmniej o 3 pełne dni lub więcej w zakresie urzędzeń BRD i 12 pełnych godzin lub więcej w zakresie MOP)". Wskazał także na przykłady z innych postępowań: Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze oraz (2) Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi. Wykonawca podał, że w tych postępowaniach ocenie podlegały przedstawione przez wykonawców Koncepcje Działań, obejmujące elementy tożsame z tymi, które ma zawierać sporządzona w niniejszym Postępowaniu Koncepcja Wykonania Usługi i podstawy oceny zostały precyzyjnie określone – zamawiający wskazali nie tylko co będzie podlegało ocenie (jakie elementy), ale również sposób, w jaki ocena będzie dokonywana. Wykonawca podkreślił, że (...) wskazując na obszary podlegające ocenie w ramach danego podkryterium (czyli tworząc de facto dalsze podkryteria) Zamawiający nie przypisał wagi punktowe żadnemu z tych obszarów. Nie jest zatem obecnie możliwe opracowanie Koncepcji, która będzie w pełni odpowiadała wymaganiom Zamawiającego, gdyż nie wiadomo przykładowo w ramach pierwszego podkryterium, czy Zamawiający będzie bardziej punktował potencjał techniczny wykorzystany do realizacji zamówienia czy liczbę osób wchodzących w skład zespołów patrolowych". Zdaniem wykonawcy (...) Powyższe oznacza, że dopiero na etapie dokonywania oceny ofert każdy z członków komisji będzie ustalał, które elementy jego zdaniem najbardziej przekładają się na efektywność / skuteczność / szybkość działań, a które w tym zakresie mają mniejsze znaczenie. Powyższe będzie równoznaczne z niedozwoloną na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych modyfikacją kryterium oceny ofert.

Odnosnie ostatniego z zarzutów [także związanego z naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp] podał, że przedmiotowy zarzut należy rozpatrywać w związku z zarzutem nr 2, albowiem wykonawca, który nie wie w jaki sposób zostanie oceniona jego Koncepcja w poszczególnych pozycjach drogi, naraża się na ryzyko, iż nie zostanie ona oceniona jako najlepsza w żadnej z nich. W konsekwencji, wykonawca taki może w ogóle nie otrzymać punktów w ramach tego podkryterium pomimo tego, że obiektywnie jego Koncepcja będzie przewidywała korzystne rozwiązania z punktu widzenia Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego o oddalenie w całości, podnosząc w szczególności, co następuje:

W Załączniku Nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia dokonał w sposób precyzyjny opisu standardów utrzymania Drogi, których realizacji wymaga od Wykonawcy wybranego w

18

przetargu (kolumna 2 tabeli zawartej w Załączniku Nr 3 do OPZ - „Standardy dla elementów Drogi do utrzymania - "). Przykładowo dla pierwszego utrzymywanego elementu Drogi „Nawierzchnia jezdni" jednym (pierwszym) ze standardów jest to, by była

ona; „Na całej szerokości (wraz z pasem awaryjnym i utwardzonym pasem rozdziały nawierzchni) bez ubytków, bez spękań, bez - wykruszeń, bez zastoisk oraz innych uszkodzeń." Jednocześnie, nie dokonał opisu działań jak i metod oraz środków jakie wykonawca ma zastosować na etapie wykonania zamówienia publicznego w celu realizacji standardów utrzymania Drogi, pozostawiając swobodę wykonawcy w doborze działań, metod i środków użytych dla realizacji zdefiniowanych w OPZ (załączniku) standardów drogi nie narzucając z góry żadnej z nich. Jego zdaniem, przyjęty sposób postępowania służy:

- 1) wyborowi oferty najkorzystniejszej ekonomicznie a więc takiej, której przewidziane działania najskuteczniej spośród wszystkich złożonych ofert gwarantują realizację opisanych standardów utrzymania drogi;
- 2) zapewnieniu otwarcia zamówienia na konkurencję a więc realizacji zasady wyrażonej m.in. w art. 7 ust. 1 ustawy oraz motywie 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WK, albowiem narzucenie określonych działań, metod lub środków może utrudniać wykonawcom dostęp do zamówienia;
- 3) otwarciu się na innowacyjne pomysły dotyczące sposobu realizacji zamówienia, które służą utrzymaniu standardu utrzymania drogi.

Biorąc pod uwagę, że działania wykonawcy podejmowane w trakcie wykonania zamówienia są kluczowe dla realizacji opisanych standardów utrzymania drogi, Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert dokona oceny przedstawionych przez Wykonawców w „Koncepcji." działań przewidywanych w celu realizacji standardów utrzymania drogi. Dalej podał, że działaniabrane pod uwagę przez Zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej (przedstawione w Koncepcji) są wiążące, dla wykonawcy na etapie realizacji przedmiotu zamówienia i muszą być przez wykonawcę uwzględnione w Programie Zapewnienia Jakości (PZJ), a więc dokumencie przygotowywanym i akceptowanym przez Zamawiającego po zawarciu umowy. Dodatkowo podał, że Koncepcja podlegająca ocenie w ramach kryterium oceny ofert może stanowić samodzielną podstawę realizacji zamówienia do czasu akceptacji PZJ przez Zamawiającego. Tym samym, Koncepcja wykonania usług i działania w niej przewidziane mają istotny wpływ na realizację standardów utrzymania Drogi, a tym samym istotne znaczenie dla należytej realizacji zamówienia.

Odnośnie podniesionych zarzutów i kwestionowanych Podkryteriów podał, że wykonawca FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 24 kwietnia 2015 r. wniósł odwołanie wobec postanowień treści SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy poprzez (...) „ustanowienie sposobu oceny jednego z kryteriów oceny ofert - kryterium koncepcji

19

wykonania usługi, podkryterium opis doprowadzenia do wymaganych standardów (pkt 14,1.2 SIWZ, str. 16 SIWZ, akapit trzeci od dołu) w sposób nieprecyzyjny i podlegający subiektywnej ocenie Zamawiającego (...). Treść kwestionowanego przez Wykonawcę zapisu SIWZ brzmiała „„Koncepcja" przedstawiająca najlepszy z punktu widzenia Zamawiającego opis otrzyma 5 punktów". Wykonawca wniósł o zmianę powyżej cytowanej treści SIWZ i „ precyzyjne wskazanie sposobu dokonywania oceny ofert na jego podstawie lub alternatywnie o rezygnację z jego stosowania." Pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r. Zamawiający uznał zarzut wykonawcy i postanowił o dokonaniu zmiany treści SIWZ doprecyzowując, zgodnie z żądaniem sposób dokonywania oceny ofert w ramach Podkryterium 1 w kryterium „Koncepcja wykonania usługi". Stwierdził także, że w celu doprecyzowania oraz zapewnienia wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dokonał jednocześnie zmian w pkt 14.1 SIWZ także w zakresie pozostałych podkryteriów, a w celu zapewnienia przejrzystości SIWZ nadal jednolite brzmienie całości pkt 14.

Odnośnie do przedstawionego w odwołaniu z dnia 9 maja br zarzutu naruszenia art. 186 ust.2 ustawy Pzp stwierdził, że zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, albowiem zmianą SIWZ dokonaną w wyniku uwzględnienia odwołania: Po pierwsze, zdefiniował podkryterium I jako „Efektywność zaproponowanych w „Koncepcji" działań Wykonawcy dotyczących wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi". Zamawiający wskazał zatem, iż złożona przez wykonawcę Koncepcja wykonania usługi będzie oceniana pod względem tego, czy proponowane działania Wykonawcy są skuteczne dla utrzymania standardu drogi. W dalszej części opisu zostało wyraźnie wskazane, iż „Koncepcja", która przewidywać będzie najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla danej pozycji elementu drogi

otrzyma procent wagi przypisany w tabeli dla tego elementu w okresie poza zimowym; Po drugie, wykazał iż przy ocenie która z koncepcji jest najskuteczniejsza „będzie brał pod uwagę ryzyka braku dotrzymania standardów jakości drogi wynikających z przedłożonej przez wykonawcę „Koncepcji”, poprzez porównanie działań zadeklarowanych w „Koncepcji” a' działań koniecznych dla utrzymania wymaganego w dokumentacji przetargowej standardu drogi. W tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy. Koncepcja zawiera wszystkie, istotne działania konieczne dla zagwarantowania wdrożenia i utrzymania (doprowadzenia do) określonego w SIWZ standardu, poszczególnych elementów drogi, potencjał techniczny jaki będzie używany do doprowadzenia do wymaganego standardu, a także liczbę, osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby, w tym liczbę osób wchodzących w skład zespołów patrolowych, roboczych i interwencyjnych.” Dla oceny „efektywności”/ „skuteczności” prowadzonych działań znaczenie będą miały cztery elementy: czy w Koncepcji są wskazane wszystkie istotne działania konieczne dla realizacji

20

poszczególnych i opisanych standardów drogi. Koncepcja, nieprzewidująca istotnych działań dla realizacji standardu utrzymania drogi będzie rodziła więcej ryzyk dla Zamawiającego w postaci nie dochowania standardu, który jest zdefiniowany w załączniku Nr 3 do OPZ; czy sprzęt jaki będzie używany przy pracach utrzymaniowych gwarantuje standard utrzymania drogi; czy liczba osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby, w tym liczba osób wchodzących w skład zespołów patrolowych, roboczych i interwencyjnych gwarantuje standard utrzymania drogi; czy prowadzone przez Wykonawcę działania, użyty sprzęt oraz liczba osób zapewniają jednocześnie „bezpieczeństwo użytkowników dróg oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną. Drogą”; Oprócz wskazania tego aspektu przy opisie podkryterium 1, obowiązek ich uwzględnienia (bezpieczeństwo i minimalizacja straty czasu) przy opracowywaniu Koncepcji wskazany jest także we wprowadzonym w dniu 29 kwietnia br. pkt 14.1.2 ppkt 2 lit. c) SIWZ („Informacje zawarte w „Koncepcji”, aby były brane pod uwagę przy ocenie oferty w ramach poszczególnych podkryteriów kryterium oceny ofert powinny odpowiednio zostać opracowane z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego oraz minimalizacji straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną Drogą”). Dodatkowo – w zakresie tego zagadnienia - stwierdził, że ten sam punkt SIWZ wskazuje, iż „Działania przedstawione w koncepcji niegwarantujące dotrzymania standardu drogi, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, powodujące nadmierne niebezpieczeństwo dla uczestników ruchu drogowego lub powodujące ryzyko straty czasu w przejeździe pojazdu osobowego na odcinku między sąsiednimi węzłami o więcej niż 15% w porównaniu do czasu przejazdu tym odcinkiem bez żadnych ograniczeń w ruchu, nie będą brane pod uwagę przy ocenie w ramach kryterium.” Podkreślił, że wszystkie wskazane przesłanki mają dla Zamawiającego równie istotne znaczenie i łącznie będą brane pod uwagę przy ocenie ofert. Podkreślił, że Odwołujący identycznie zdefiniował elementy podlegające ocenie w ramach podkryterium o czym świadczy treść pkt 2.5 i 2.6 odwołania, co wskazuje, że ich treść jest zrozumiała i nie budzi wątpliwości, a pomimo to wykonawca nadal uznaje je za nie dość precyzyjne. Po trzecie, doprecyzował, które z określonych w załączniku Nr 3 do OPZ standardów będą brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny „Koncepcji” w ramach podkryterium 1 „Działania przewidziane w „Koncepcji” będą podlegały ocenie w odniesieniu do pozycji elementu drogi / jej wyposażenia wymienionego w wierszach wskazanych w tabeli zawartej w załączniku nr 3 do OPZ dla którego w kolumnie \$ tabeli przewidziano procentową „wagę przy kontroli w okresie, po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego ” większą niż 1% oraz także do tych wszystkich pozycji elementów drogi przewidzianych w poszczególnych wierszach, których „suma wag dla elementu ”jest co najmniej równa 5 %.” Po czwarte, na końcu precyzyjnie wskazał zasady przyznawania punktacji w ramach podkryterium 1;

21

„Koncepcja”, która przewidywać będzie najskuteczniejsze, działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla danej pozycji elementu drogi otrzyma procent wagi przypisany w tabeli dla tego elementu w okresie poza zimowym. Tym samym, złożone Koncepcje zostaną w pierwszej kolejności ocenione, a następnie porównane ze sobą. Spośród ocenionych koncepcji zostanie wskazana (u, która przewiduje

najskuteczniejsze działania dla realizacji standardu utrzymania drogi. Jak wynika z art. 92 Ust. 1 pkt 1 ustawy, takie wskazanie będzie musiało być przez Zamawiającego uzasadnione. W przypadku złożenia przez więcej niż jednego wykonawcę „Koncepcji” której działania gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności wdrożenie i utrzymanie wymaganego standardu drogi dla danego elementu, „Koncepcjom” tym przyznawany jest procent wagi przypisany w tabeli dla tego elementu w okresie poza zimowym. „Koncepcja”, która łącznie uzyska najwyższy procent wagi. za poszczególne pozycje elementów drogi zostanie uznana za „Koncepcję” najlepszą pod -względem skuteczności zaproponowanych działań Wykonawcy dla wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi w okresie trwania Umowy, „Koncepcji” tej zostanie przyznane. S pkt. Drugiej „Koncepcji” zostanie przyznane 4 pkt. Trzeciej 2 pkt. Kolejne oferty odpowiednio będą pomniejszane o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty, „Koncepcja ”, która w żadnej z pozycji elementu drogi nie została oceniona jako najlepsza nie są przyznawane punkty”. Mając powyższe na względzie, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w kontekście tego, iż sam Wykonawca formułując żądanie odwołania wskazywał na potrzebę „doprecyzowania” podkryterium, jest całkowicie bezpodstawny. Zamawiający doprecyzował Podkryterium nr 1 w następstwie pierwszego z wniesionych odwołań, co zresztą stwierdza sam Odwołujący w treści odwołania wniesionego w dniu 9 maja br. Zdaniem Zamawiającego, każde doprecyzowanie kryterium „Koncepcja wykonania usługi” inne niż sprowadzające się do wzorów matematycznych albo opartych na zasadzie „zero-jedynkowej”, „spełnia/nie spełnia”, co w przedmiotowej sprawie nie jest możliwe bez uszczerbku dla wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia Zamawiającego, uznane byłoby przez wykonawcę za nie dość precyzyjne i byłoby kwestionowane, albowiem wykonawca w istocie zmierza do wprowadzenia kryteriów „zero-jedynkowych”, opartych na zasadzie „spełnia/nie spełnia” lub wliczalnych matematycznie* na co pośrednio może wskazywać treść żądania i złożona propozycja sposobu oceny Koncepcji w odwołaniu z dnia 9 maja br.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, stwierdził, że przytaczane przez wykonawcę orzecznictwo, nie jest adekwatne do stanu faktycznego występującego w przedmiotowym postępowaniu. Wskazał, że opis sposobu oceny Koncepcji w Podkryterium 2 [Efektywność prowadzenia

22

monitoringu], jest w zasadzie niezmieniony w stosunku do opisu tego samego Podkryterium przed dokonaniem zmian w SIWZ w dniu 29 kwietnia 2015 r. (występującego wcześniej jako „Sposób prowadzenia monitoringu”). Składając pierwsze odwołanie wykonawca uznał, że opis tego kryterium nic budzi jego żadnych wątpliwości. Dalej Zamawiający stwierdził, że podobny sposób oceny oferty zastosowany obecnie także do wszystkich pozostałych podkryteriów w wyniku dokonanych w dniu 29 kwietnia br. zmian w SIWZ budzi obecnie zastrzeżenia Odwołującego. Jego zdaniem, wskazuje to na brak konsekwencji wykonawcy, a co najmniej w zakresie Podkryterium 2na podnoszenie zarzutu po terminie (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Odnośnie pozostałych Podkryteriów wskazując na art. 91 ust.1 ustawy Pzp oraz wymagania Dyrektywy UE stwierdził, że kryterium oceny ofert „Koncepcja wykonania usługi” zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Po pierwsze, jak sama nazwa wskazuje przedmiotem oceny w ramach tego kryterium jest koncepcja wykonania usługi przygotowana przez wykonawców. Po drugie, Zamawiający zdefiniował w SIWZ pojęcie Koncepcji wskazując, iż koncepcja wykonania usługi (zwane dalej „Koncepcją” lub KWU) to przygotowane przez Wykonawcę opracowanie dotyczące utrzymania Drogi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, zawierające opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w SIWZ (szczególnie w Opisie Przedmiotu Zamówienia, „Standardach dla elementów drogi” stanowiących załącznik tir 3 do OPZ oraz projekcie umowy) standardu Drogi wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną Drogą przez 24 godz./dobę. integralną część Koncepcji stanowią „programy działań.” (pkt. L4.1.2. ppkt 1 zmienionej STWZ). Po trzecie, kierując się nakazem wynikającym z art. 36 ust, 1 pkt 13 ustawy Pzp, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał cztery Podkryteria, jakimi będzie się kierował przy ocenie złożonych koncepcji oraz sformułował je w taki sposób, aby wskazać wykonawcom, co będzie brał pod uwagę przy ocenie Koncepcji, a mianowicie: Efektywność zaproponowanych w KWU działań Wykonawcy dotyczących wdrożenia i

utrzymania standardu drogi, Efektywność prowadzenia monitoringu, Szybkość reakcji na zidentyfikowane zagrożenie, Efektywność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi. Reasumując stwierdził, że Koncepcja która przedstawiać będzie działania zapewniające największą skuteczność działań w zakresie utrzymania standardów drogi, prowadzenia monitoringu, działań w zakresie zimowego utrzymania drogi, szybkość reakcji na zagrożenia będzie miała szansę uzyskać łącznie 30 pkt w kryterium „Koncepcja wykonania usługi”. Po czwarte, Zamawiający poszczególnym czterem Podkryteriom przypisał odpowiednią wagę - 8 pkt, 7 pkt, 7 pkt, i 5 pkt. Po piąte, dodatkowo dla każdego podkryterium zostały jednoznacznie ustanowione zasady dotyczące oceny oferty (koncepcji) i wskazane te elementy koncepcji, które przez Zamawiającego będą brane pod uwagę przy ocenie. I tak: w ramach pierwszego podkryterium dla oceny „efektywności/skuteczności” prowadzonych

23

działań znaczenie będą miały zatem cztery przesłanki wskazane w tej odpowiedzi; w ramach drugiego - brane będą pod uwagę środki zastosowane przez wykonawcę służące szybkiej identyfikacji zagrożeń, w szczególności monitoring i jego ewentualna budowa lub rozbudowa - liczba kamer, liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie, częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi - patrolowania, zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżom lub dewastacji mienia; potencjał techniczny wykorzystany do monitoringu np. samochody do patrolowania i ich wyposażenie; liczba osób wchodzących w skład zespołów patrolowych; w ramach trzeciego - przedmiotem oceny będzie, zastosowanie metod/środków pozwalających na efektywną likwidację zagrożeń na drodze (jak najszybszą). W ramach tego podkryterium Zamawiający uwzględni; Opis działań od momentu stwierdzenia zagrożenia na drodze, nieprawidłowości lub niewłaściwego standardu; przyjęte wewnętrzne regulacje określające sposób reagowania na zagrożenia i zapewniające ciągłość procesu decyzyjnego,, w tym sposób organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania; potencjał techniczny wykorzystany do utrzymania (doprowadzenia do) standardu poszczególnych elementów drogi (rodzaj i ilość) np. samochody (liczba, rodzaj, rok produkcji) i ich wyposażenie; wyposażenie Bazy Wykonawcy; jakość (parametry) wyposażenia technicznego; liczba osób skierowanych do utrzymania poszczególnych elementów drogi (im większa tym lepsza ocena) - liczba osób wchodzących w skład zespołów roboczych i interwencyjnych. W ramach czwartego podkryterium ocena nastąpi w oparciu o zastosowane metody/środki pozwalające na efektywną identyfikację i likwidację zagrożeń na drodze (jak najszybszą* krótszą niż minimalna) powstałych w okresie zimowym na skutek zjawisk atmosferycznych z uwzględnieniem czynników wskazanych w specyfikacji. Zdaniem Zamawiającego opis sposobu oceny oferty jest precyzyjny i nie pozwala Zamawiającemu na znaczną swobodę i arbitralną ocenę w ramach podkryteriów. Podał także, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązany jest zawiadomić wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazać uzasadnienie wyboru oferty „wraz z punktacją przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert”. Tym samym, obowiązkiem Zamawiającego będzie uzasadnienie ilości przyznaných punktów poszczególnym ofertom, a wykonawca, który nie zgodzi się z otrzymaną punktacją będzie uprawniony do złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Tym samym prawidłowość dokonanej oceny będzie mogła podlegać weryfikacji przez niezawisły organ. Podkreślił, że kryterium „Koncepcja wykonania usługi” i jego opis spełnia wymagania stawiane przez prawo europejskie oraz ustawę Prawo zamówień publicznych, nie ma charakteru dowolnego, gwarantuje przejrzystość i obiektywizm procedury udzielenia zamówienia oraz to kryterium wraz z opisem nie ogranicza konkurencji. Podkreślił, że Zamawiający nie dokonuje w SIWZ opisu działań, jak i metod oraz środków jakie wykonawca ma zastosować na etapie

24

wykonania zamówienia publicznego w celu realizacji standardów utrzymania Drogi. Pozostawia swobodę wykonawcy w doborze działań, metod i środków użytych dla realizacji zdefiniowanych w OPZ (załączniku) standardów drogi nie narzucając z góry żadnej z nich. Przyjęty sposób udzielenia zamówienia służy zapewnieniu otwarcia zamówienia na konkurencję a więc realizacji zasady wyrażonej m.in. w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz motywów 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE, albowiem narzucenie określonych działań, metod lub środków może utrudniać Wykonawcom dostęp do zamówienia, szczególnie, gdy stosują

swoje metody działania uznawane przez nich za optymalne. Przyjęte kryterium wraz z opisem nie wprowadza nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup wykonawców. Kryterium i sposób jego oceny (jej kompleksowość) pozwala Zamawiającemu sprawdzić realnie na ile oferty są wiarygodne pod względem możliwości realizacji standardu utrzymania drogi. Podkreślił także, że to kryterium jest sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, albowiem nawet Odwołujący interpretuje je w sposób tożsamy z Zamawiającym na co wskazuje treść wniesionego odwołania. Zwrócił uwagę, że do opisu kryterium nie zostało zadane jeszcze żadne pytanie (poza pytaniem Odwołującego), co wskazuje, iż pozostali wykonawcy nie mają istotniejszych problemów w jego rozumieniu. Zdaniem Zamawiającego „W przypadku niejednoznaczności SIWZ (co w ocenie Zamawiającego nie zachodzi w przedmiotowej sprawie) „wykonawca powinien w pierwszej kolejności skorzystać z prawa żądania wyjaśnień, natomiast sam fakt, iż tekst można interpretować odmiennie niż stanowi wystarczającej podstawy do stawiania zarzutu niezgodności z ustawą.” Podkreślił, że (...) ustanawiając kryterium oceny ofert „Koncepcja wykonania usługi” oraz dokonując jego opisu w sposób przewidziany w SIWZ oparł się na orzecznictwie TS DE oraz orzecznictwie KIO”. Podniósł także, że Odwołujący kwestionując sposób oceny ofert w kryterium „Koncepcja wykonania usługi” zmierza do uzyskania od Zamawiającego deklaracji, jakie konkretne rozwiązania odpowiadają potrzebom Zamawiającego. Oczekuje zatem, aby to Zamawiający podał dane dotyczące sposobu wykonywania zamówienia lub też wskazał preferencje odnoszące się do sprzętu. Tymczasem, istotą idei żądania Koncepcji i jej oceny w ramach kryterium oceny oferty jest to, iż to właśnie rolę wykonawcy jest wskazanie tych elementów w Koncepcji, zadaniem natomiast Zamawiającego dokonanie ich oceny, porównanie a następnie przyznanie punktów wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej. Wybór taki zawierał będzie uzasadnienie, a prawidłowość decyzji będzie mogła zostać zweryfikowana w ewentualnym postępowaniu odwoławczym. Podkreślił, że Zamawiający nie może określić z góry jakie metody, środki, sprzęt itd. są najlepsze dla realizacji zamówienia albowiem to wykonawcy składają oferty i propozycje działań zmierzających, do realizacji standardów utrzymania drogi, a najkorzystniejsza oferta w kryterium „Koncepcja wykonania usługi” definiowana jest na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie przesłanek jednoznacznie określonych w SIWZ (opisie kryterium). Wskazując na orzecznictwo KIO

25

stwierdził, że w przypadku tego zamówienia ocenie będzie tu podlegał „pomysł, sposób wykonania usługi”, który każdy wykonawca ustala we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii czy wykorzystywanych rozwiązań. Podkreślił także, że „charakter wykonywanej usługi pozwala na sformułowanie kryteriów w sposób pozostawiający pewną dowolność wykonawcom w zakresie oferowanej koncepcji realizacji usługi i nie można zamawiającemu odmówić prawa do oceny zaoferowanej koncepcji, a jednocześnie brak jest możliwości sformułowania kryteriów tej oceny za pomocą wzorów matematycznych czy wartości procentowych. Ocenie będzie tu bowiem podlegał pomysł, sposób wykonania usługi który każdy z wykonawców ustala - we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii czy wykorzystywanych rozwiązań. Nie są to rzeczy mierzalne, ale na pewno mogą one podlegać ocenie. Zamawiający zdając sobie sprawę z odmiennych rozwiązań stosowanych przez wykonawców nie może narzucić im przykładowo ilości zatrudnianych osób, czy skonkretyzować zasady optymalnej organizacji pracy. Dalej stwierdził, że (...) Sprowadzanie oceny Koncepcji do wybiórczo wskazanych i sugerowanych przez Wykonawcę w złożonym odwołaniu aspektów działań takich jak częstotliwość patrolowania (s. 5 odwołania z 9 maja br.) oraz czas (s. 5-9 odwołania z 9 maja br. dla poszczególnych programów) deklarowany przez Wykonawcę jest nie do zrealizowania. Propozycje Odwołującego przedstawione w odwołaniu są oczywiście metodą prostą, ale niegwarantującą rzeczywistego oferty Dla wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie. Zamawiającego istotną jest realna ocena całokształtu działań wykonawcy przewidzianych w złożonej Koncepcji. Elementów tych nie da się zaś ocenić w sposób kompleksowy w oparciu o zasadę spełnia/nie spełnia i przyznaniu określonej liczby punktów bez doprowadzenia do narzucania wykonawcom konkretnych rozwiązań. Ponadto, gdyby Zamawiający chciał postawić wymogi dotyczące określonego sposobu wykonania zamówienia (preferować jakieś rozwiązania) uczyniłby to w Opisie przedmiotu zamówienia, a uwzględnienie żądania wykonawcy prowadziłoby do istotnego ograniczenia czynników branych pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert, jedynie do tych, które jest w stanie doprecyzować. Jako przykład wskazał na przedstawioną przez Odwołującego propozycję subkryteriów

sprowadzającą się jedynie do dwóch aspektów - częstotliwości patrolowania/objazdów i czasu krótszego niż podany w OPZ (standardach). Wskazał także na przepis art. 53 ust. 1 lit a) dyrektywy 2004/18 który przyznaje instytucji zamawiającej szerszy margines uznania. Rozwiązania pożądane przez Odwołującego mogą być uznane za sprzeczne z zasadami traktatowymi, albowiem deklaracje w zakresie terminu są z reguły deklaracjami niedającymi się zweryfikować na etapie składania ofert. Także, jego zdaniem, żądane rozwiązania są sprzeczne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zakładają konieczność przedstawienia Koncepcji z wymaganą tylko dla oceny ofert informacją o częstotliwości patrolowania oraz czasie. Wskazał także na podnoszone w odwołaniu obawy wykonawcy, co do liczby

26

punktów, które zdoła uzyskać w ramach spornego kryterium oceny oferty, podnosząc, że podobnie w przypadku kryterium ceny, wykonawca także nie wie ile punktów otrzyma, bo to zależy od tego jakie oferty cenowe złożą pozostali wykonawcy. Podobnie jest i w tym przypadku - to ile punktów wykonawca otrzyma uzależnione jest od tego, jakie działania sam przedstawi w Koncepcji i czy w elementach podlegających ocenie będą to działania najsukuteczniejsze spośród złożonych. Ocena będzie dokonywana w sposób wskazany w opisie kryterium. Podkreślił, że dla uznania o dopuszczalności ustanowienia kryterium nie ma znaczenia fakt, iż wykonawca nie wie, ile punktów otrzyma za przedstawienie określonych działań i informacji (zna jednak kryteria/podkryteria ich przyznawania oraz maksymalną liczbę punktów do uzyskania). Dalej podał, że wykonawca oczekuje nadania wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium, co jest nieuzasadnione, albowiem obowiązek takiego właśnie sposobu oceny oferty w ramach podkryteriów nie wynika z przepisów ustawy Pzp jak i prawa UE. To oczekiwanie Odwołującego jest tym bardziej nieuzasadnione, albowiem wszystkie elementy wskazane w poszczególnych podkryteriach są równie istotne dla Zamawiającego i wszystkie one będą brane pod uwagę przy ocenie ofert. Z tego względu dla Wykonawcy nic ma istotnego znaczenia to, czy Zamawiający nada wagę punktową poszczególnym elementom w ramach podkryteriów czy też nie. Reasumując stwierdził, że dokonując opisu sposobu oferty w sposób wskazany w pkt 14.1. STWZ wypełnił ciężący nań obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zapewniając realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) jak i realizację zasad prawa unijnego. Kryterium „Koncepcja wykonania usług” jest kryterium dopuszczalnym w świetle art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu, naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie opisu oceny oferty w Podkryterium 1 podał, że w ramach tego Podkryterium będą podlegać ocenie „Działania przewidziane w Koncepcji w odniesieniu do pozycji elementu drogi i jej wyposażenia wymienionego w wierszach wskazanych w tabeli zawartej w załączniku nr 3 do OPZ dla którego w kolumnie 8 tabeli przewidziano procentową „wagę przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego” większą niż 1% oraz także do tych wszystkich pozycji elementów drogi przewidzianych w poszczególnych wierszach, których „suma wag dla elementu” jest co najmniej równa 5 %.” Podkreślił również, że w ramach tego Podkryterium będzie dokonywał oceny działań w odniesieniu do ponad 40 standardów utrzymania drogi. Za każdy ze standardów wykonawca może otrzymać procent wagi przy kontroli. Wystarczy zatem uznanie, iż „Koncepcja”, przewiduje najsukuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu

27

dla jednego standardu w pozycji elementu drogi by otrzymać procent wagi przypisany, a w konsekwencji aby oferta wykonawcy otrzymała punkty w ramach tego Podkryterium. Jego zdaniem, Koncepcja, której działania nie zostaną ocenione najwyższej w żadnym standardzie utrzymania drogi nie zasługuje na to aby być punktowaną w ramach tego Podkryterium, albowiem w relacji do pozostałych Koncepcji przewiduje najmniej efektywne działania dotyczące wymaganego standardu utrzymania drogi. Powołując się na przepis art. 53 ust. 1 lit, a) dyrektywy 2004/18 stwierdził, że uwzględnienie żądania Odwołującego co do oczekiwanego przyznawania punktów ofertom przewidującym mniej skuteczne działania w zakresie standardów utrzymania drogi, ograniczyłoby w sposób istotny wynikającą z ustawy i

prawa europejskiego swobodę uznawania danej oferty za najkorzystniejszą, a więc pozostającą w najlepszej relacji jakości do ceny.

Reasumując stwierdził, że w specyfikacji podano jednoznaczne informacje (tak samo interpretowane przez Odwołującego), co do elementów, jakie Zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i ich porównaniu w ramach każdego z czterech Podkryteriów i tym samym wypełnił obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zapewniając realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) jak i realizację zasad prawa unijnego. Zwrócił uwagę, że m.in. propozycje sformułowane w odwołaniu potwierdzają, że wykonawca zna zasady przyznawania punktów, które to zasady są interpretowane jednoznacznie. Jego zdaniem Zamawiający wprowadził zasady przyznawania punktów w granicach przysługującej mu na podstawie przepisów prawa swobody wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie „z punktu widzenia Zamawiającego”. Także, zdaniem Zamawiającego (...) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wobec hipotezy i dyspozycji normy odnoszącej się do fazy wyboru oferty najkorzystniejszej jest nieuzasadniony z uwagi na etap prowadzonego postępowania (faza składania ofert). Podobnie nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp jest, albowiem przepis ten wyznacza zasady ustanawiania kryteriów oceny ofert, a zarzuty wykonawcy dotyczą opisu tego kryterium w zakresie zasad przyznawania, a nie przyznawania określonej liczby punktów w Podkryterium.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r. wykonawca zarzucił Zamawiającemu (...) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na ustanowienie sposobu oceny jednego z kryteriów oceny ofert — kryterium koncepcji

28

wykonania usługi, w podkryterium opis doprowadzenia do wymaganych standardów (pkt 14.1.2 SIWZ, str 16 SIWZ, akapit trzeci od dołu) w sposób bardzo nieprecyzyjny i podlegający subiektywnej ocenie Zamawiającego, dający mu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach tego podkryterium, a jednocześnie niepozwalający wykonawcom na ustalenie dokładnych kryteriów, jakimi powinni się oni kierować przygotowując jak najkorzystniejszą ofertę”. Wskazując na powyższe wniósł, w niniejszym odwołaniu z dnia 9 maja 2015 r. o (...) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny kryterium koncepcji wykonania usługi, podkryterium opis doprowadzenia do wymaganych standardów (pkt 14.1.2 SIWZ, str. 16 SIWZ, akapit trzeci od dołu) poprzez precyzyjne wskazanie sposobu dokonywania oceny ofert na jego podstawie lub alternatywnie o rezygnację z jego zastosowania.” I

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, że Zamawiający uwzględniając w całości odwołanie z dnia 24 kwietnia 2015 r. dokonał w dniu 29 kwietnia 2015 r. modyfikacji podpunktu 6 w punkcie 14.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyodrębniając w ramach tego podpunktu - Sposób oceny ofert w ramach kryterium koncepcja wykonania usługi - cztery podkryteria: Podkryterium 1 - Efektywność zaproponowanych w Koncepcji działań Wykonawcy dotyczących wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi (8 pkt); Podkryterium 2 - Efektywność prowadzenia monitoringu (7 pkt); Podkryterium 3 – Szybkość reakcji na zidentyfikowane zagrożenia (7 pkt); oraz Podkryterium 4 – Efektywność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi (8). Uwzględniając zatem zarzut z odwołania z dnia 24 kwietnia 2015 r. w wyniku zmiany punktu 14.1.2 specyfikacji, w tym podpunktu 6 Zamawiający oznaczył nienazwane w pierwotnej specyfikacji sporne podkryterium, jako Podkryterium 1, oraz w miejsce 5 punktów przypisał mu 8 punktów. W odniesieniu do tego Podkryterium także wskazał m.in., że „Działania przewidziane w „Koncepcji” będą podlegać ocenie w odniesieniu do pozycji elementów drogi i jej wyposażenia wymienionego w wierszach wskazanych w tabeli zawartej w załączniku nr 3 do OPZ dla którego w kolumnie 8 tabeli przewidziano procentową „wagę przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego” większą niż 1 % oraz także dla wszystkich pozycji elementów drogi przewidzianych w poszczególnych wierszach, których „suma wag dla elementu jest, co

najmniej równa 5 %". Wskazał również, że (...) będzie brał pod uwagę ryzyka braku dotrzymania standardów jakości drogi, wynikających z przedłożonej przez wykonawcę „Koncepcji”, poprzez porównanie działań zadeklarowanych w „Koncepcji” z działań koniecznych dla utrzymania wymaganego dokumentacji przetargowej standardu drogi”. W opisie tym podano także, że „Koncepcja”, która przewidywać będzie najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu

29

dla danej pozycji elementu drogi otrzyma procent wagi przypisany w tabeli dla tego elementu w okresie poza zimowym. Ponadto Zamawiający podał, że oceniając Koncepcje w tym Podkryterium będzie brał pod uwagę to, czy Koncepcja zawiera wszystkie, istotne działania konieczne dla zagwarantowania wdrożenia i utrzymania określonego w SIWZ standardu poszczególnych elementów drogi, oraz potencjał techniczny jaki będzie używany do doprowadzenia do wymaganego standardu, a także liczbę, osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby, w tym liczbę osób wchodzących w skład zespołów patrolowych, roboczych i interwencyjnych. Tak jak podano w opisie tego Podkryterium, dla oceny „efektywności /skuteczności” prowadzonych działań znaczenie będą miały wszystkie wskazane istotne działania konieczne dla realizacji poszczególnych i opisanych standardów drogi. Tak jak podnosił Zamawiający Koncepcja, nieprzewidująca istotnych działań dla realizacji standardu utrzymania drogi będzie rodziła więcej ryzyk dla Zamawiającego w postaci nie dochowania standardu, który jest zdefiniowany w załączniku Nr 3 do OPZ i w którym wskazano, że sprzęt, jaki będzie używany przy pracach utrzymaniowych oraz liczba osób pozostających w stałej gotowości w poszczególnych porach doby, w tym liczba osób wchodzących w skład zespołów patrolowych, roboczych i interwencyjnych ma gwarantować standard utrzymania drogi i bezpieczeństwo użytkowników dróg oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą. W Opisie podano także, że „Działania przedstawione w koncepcji niegwarantujące dotrzymania standardu drogi, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, powodujące nadmierne niebezpieczeństwo dla uczestników ruchu drogowego lub powodujące ryzyko straty czasu w przejeździe pojazdu osobowego na odcinku między sąsiednimi węzłami o więcej niż 15% w porównaniu do czasu przejazdu tym odcinkiem bez żadnych ograniczeń w ruchu, nie będą brane pod uwagę przy ocenie w ramach kryterium. Tak jak podnosił Zamawiający, wymienionym elementom nie przypisano żadnych wag, a to oznacza, jak podał w odpowiedzi na odwołanie, że wszystkie elementy mają równorzędne znaczenie i tym samym wszystkie łącznie muszą być brane pod uwagę przy ocenie Koncepcji. Izba stwierdza także, że z uwagi na charakter dokumentu Zamawiający precyzyjnie wskazał zasady przyznawania punktacji w ramach Podkryterium 1, a mianowicie: „Koncepcja”, która przewidywać będzie najskuteczniejsze, działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla danej pozycji elementu drogi otrzyma najwyższy procent wagi przypisany w tabeli dla tego elementu w okresie poza zimowym. Tym samym, złożone Koncepcje zostaną w pierwszej kolejności ocenione, a następnie porównane ze sobą. Spośród ocenionych Koncepcji zostanie wskazana ta, która przewiduje najskuteczniejsze działania dla realizacji danego standardu utrzymania drogi, a w przypadku złożenia przez więcej niż jednego wykonawcę „Koncepcji” której działania gwarantują porównywalnie najlepsze, co do skuteczności wdrożenia i utrzymanie

30

wymaganego standardu drogi dla danego elementu, wszystkim tak ocenionym Koncepcjom tym zostanie przyznany równorzędny procent wagi przypisany w tabeli dla tego elementu w okresie poza zimowym. W konsekwencji Koncepcja, która łącznie uzyska najwyższy procent wagi za poszczególne pozycje elementów drogi zostanie uznana za Koncepcję najlepszą pod względem skuteczności zaproponowanych działań wykonawcy dla wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi w okresie trwania umowy. Podano także w opisie Podkryterium 1, że najlepszej Koncepcji zostanie przyznane 5 punktów. Drugiej „Koncepcji” 4 pkt, a trzeciej 2 pkt. Kolejne oferty odpowiednio będą pomniejszane o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty. Z kolei Koncepcji, która w żadnej z pozycji elementu drogi nie została oceniona jako najlepsza, nie będą przyznawane punkty.

Mając powyższe na względzie wskazywany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 186 ust. 2

ustawy Pzp jest niezasadny, albowiem Zamawiający dokonał modyfikacji punktu 14.1.2 ppkt 6 specyfikacji zgodnie z żądaniem punktu 2 odwołania [str2] z dnia 24 kwietnia 2015 r.

Rozpoznając z kolei zarzut art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Izba ustaliła, że zarzut ten wykonawca oparł na stwierdzeniu, że Zamawiający nie dookreślił sposobu lub metody odniesienia, na podstawie której będzie oceniał efektywność proponowanych rozwiązań (działań, technologii, sposobu organizacji pracy potencjału technicznego i osobowego), a przede wszystkim nie nadał wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego Podkryterium.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że przepisy Pzp nie wymagają dokonywania opisu sposobu oceny z użyciem wzorów matematycznych, albo oparcia takiej oceny na zasadzie zero – jedynkowej, czy metodologii „spełnia/nie spełnia”. Te dwa ostatnie, zdaniem Izby, w zasadzie powinny służyć ocenie spełnienia warunków, a nie punktacji dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Żądania i propozycje wykonawcy sformułowane w odwołaniu z dnia 9 maja 2015 r. w istocie zmierzają do wprowadzenia takich właśnie kryteriów. Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że Odwołujący propozycje zmian przedstawił niewątpliwie z użyciem prostszej metody, jednakże niegwarantującej Zamawiającemu rzeczywistego wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a więc oferty przedstawiającej najlepszą relację jakości do ceny. Tak jak podał Zamawiający, dla wyboru najkorzystniejszej oferty istotna jest realna ocena całokształtu działań wykonawcy przewidzianych w złożonej Koncepcji, co podał w opisach do każdego z Podkryteriów w zmodyfikowanym punkcie 14.1.2. specyfikacji. Wymaganych elementów, zdaniem Izby, nie da się ocenić w sposób kompleksowy w oparciu o zasadę spełnia/nie spełnia lub przyznać określonej liczby punktów bez uprzedniego narzucania wykonawcom konkretnych rozwiązań, co do sposobu

31

wykonania usługi [nawet preferowania jakiegoś rozwiązania], co prowadziłyby do niezasadnego w konsekwencji żądania na tym etapie takiego dokumentu, jak Koncepcja wykonania usługi. Także zdaniem Izby, propozycje wykonawcy, co do opisu sposobu oceny ofert prowadziłyby – tak jak zauważył Zamawiający - do istotnego ograniczenia czynników branych pod uwagę przy ocenie Koncepcji według spornego kryterium, a także, jak w przypadku informacji o częstotliwości patrołowania oraz czasie, pozostawać w sprzeczności z wymaganiami art. 25 ust.1 ustawy Pzp, które to informacje – wobec postanowień tej specyfikacji - służyłyby tylko ocenie ofert w ramach poza cenowego kryterium. W tym przypadku brak wiedzy wykonawcy o wyniku oceny jego oferty jest obiektywnie możliwy. Zatem wykonawca, znający zasady oceny, jej poszczególne elementy składowe oraz wiedząc ile punktów ma możliwość uzyskać w każdym Podkryterium powinien przede wszystkim w przedkładanej Koncepcji uwzględnić optymalnie najkorzystniejsze rozwiązania dla realizacji tej usługi. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że fakt braku wiedzy wykonawcy o rzeczywistej ilości punktów, które otrzyma w danym podkryterium nie przesądza na gruncie przepisów Pzp o dopuszczalności ustanowienia takiego kryterium. Izba w reasumpcji zwraca uwagę, że zgodnie ze specyfikacją – pkt 14.1.2. ppkt 6 - 1. - wykonawca składając w tym postępowaniu ofertę zobowiązuje się do podjęcia wszelkich niezbędnych działań dla wdrożenia i utrzymania standardu utrzymania Drogi, które to standardy zostały określone w specyfikacji, w tym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności „Standardach dla elementów drogi” stanowiących załącznik nr 3 do OPZ oraz w projekcie umowy, a w przypadku prowadzenia prac utrzymaniowych - zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną Drogą przez 24 godziny na dobę. Dla realizacji tych standardów Zamawiający nie określił, co do zasady, sposobu wykonywania usługi, dokonując opisu przedmiotu w sposób funkcjonalny, za pomocą parametrów określających wymagany standard jakości usługi dla elementów drogi, poza wyjątkami przewidzianymi w specyfikacji, a mianowicie taki wyjątek przewidziano przede wszystkim dla działań profilaktycznych likwidujących wystąpienie i minimalizowanie niekorzystnych zimowych zjawisk atmosferycznych na drodze. Wykonawca w tym zakresie zobowiązany jest m.in. do rozpoczęcia działań profilaktycznych (fizyczny wyjazd sprzętu na drogę w celu rozpylenia środków chemicznych) na godzinę przed wystąpieniem niekorzystnych zjawisk wykrywanych w oparciu o informacje uzyskane na podstawie monitoringu zjawisk atmosferycznych. Działanie takie ma na celu zagwarantowanie, że w przypadku wystąpienia niekorzystnego

zjawiska cały odcinek drogi zostanie objęty działaniami profilaktycznymi oraz doprowadzenia do właściwego standardu obszarów, na których stwierdzono występowanie niekorzystnych warunków atmosferycznych na drodze w ciągu dwóch godzin od chwili pierwotnego zgłoszenia lub wykrycia; rozpylania środków odładzających w ciągu 30 minut od chwili

32

rozpoczęcia opadów śniegu lub nawiewania, aż do momentu zakończenia zjawiska; oraz odśnieżania - najszybszego, jak to tylko możliwe, ale nie później niż w ciągu godziny od czasu gdy na nawierzchni nagromadzi się śnieg w ilościach umożliwiającymi skuteczne odśnieżanie, do czasu usunięcia śniegu z nawierzchni. Tak jak wskazano w specyfikacji, sposób wykonywania usługi w celu osiągnięcia standardu utrzymania drogi wykonawca przedstawia po zawarciu umowy w „Programie zapewnienia jakości”, który musi być zgodny z Koncepcją wykonania usługi przedstawioną w ofercie, w szczególności w zakresie w jakim informacje w niej przedstawione były uwzględniane przy ocenie oferty wykonawcy w ramach Podkryteriów. Zgodnie z ustaleniami, ta Koncepcja może stanowić także samoistną podstawę realizacji zamówienia do czasu akceptacji PZJ przez Zamawiającego i tym samym działania w niej przewidziane zindywidualizowane przez wykonawcę, mają istotny wpływ na realizację standardów utrzymania Drogi, i w konsekwencji istotne znaczenie dla należytej realizacji zamówienia przez tego wykonawcę

Wobec powyższych ustaleń Izba w konkluzji Izba stwierdza, że zarzut w zakresie powyżej omówionym jest niezasadny.

Zarzut dotyczący także naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 9 1 ust. 1 i 2 Pzp w z art. 7 ust. 1 Pzp - z uwagi na ustanowienie w Podkryterium 1 sposobu oceny, zgodnie z którym przygotowana przez wykonawcę Koncepcja, która w żadnej z pozycji elementu drogi nie zostanie oceniona jako najlepsza, w ogóle nie otrzyma punktów w ramach tego podkryterium - Izba pozostawiła bez rozpoznania w związku z upływem terminu do jego skutecznego podnoszenia. Tak jak stwierdziła Izba taki sposób oceny w powiązaniu z załącznikiem nr 3 do OPZ wynikał z pierwotnej treści specyfikacji, co w odwołaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r. nie było podnoszone. Tym samym, w zw. z art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, zarzut o analogicznej treści nie może być skutecznie podnoszony w odwołaniu z dnia 9 maja 2015 r. Na marginesie Izba stwierdza, że nie podziela zasadności tego zarzutu, co do jego meritum. Tak jak słusznie zauważył Zamawiający, w ramach Podkryterium 1 będzie dokonywał oceny działań w odniesieniu do ponad 40 standardów utrzymania drogi i Koncepcja, której działania nie zostaną ocenione najwyżej w żadnym standardzie utrzymania drogi obiektywnie nie zasługuje na to, aby być punktowaną w ramach tego Podkryterium w relacji do pozostałych Koncepcji w sytuacji, gdy wykonawca chociażby dla jednego standardu w pozycji elementu drogi nie może uzyskać procentu wagi przypisanego do tego standardu.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

33

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

34