

Sygn. akt: KIO 1975/15
Sygn. akt: KIO 1977/15
Sygn. akt: KIO 1980/15

Wyrok
z dnia 28 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpatrzeniu rozprawie dnia 24 września 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 10 września 2015 r. przez wykonawcę – **Rotomat Sp. z o.o.**,
ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław (sygn. akt: KIO 1975/15);
- B. w dniu 10 września 2015 r. przez wykonawcę – **FBSerwis S.A.**,
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt: KIO 1977/15);
- C. w dniu 10 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: BUDIa - Standard Sp. z o.o.**,
T. B., "B." Firma Produkcyjno-

Handlowo-Uslugowa

ul. Kopernika 11e, 56-400 Oleśnica (sygn. akt: KIO 1980/15),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Generalną Dyрекcję Dróg
Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu**, ul. Lotnicza 24, 54-155 Wrocław,

1

przy udziale:

- A. wykonawcy – **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.**,
ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1975/15,
KIO 1977/15 oraz KIO 1980/15;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum:
BUDIa - Standard Sp. z o.o., "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B.**,
ul. Kopernika 11e, 56-400 Oleśnica, zgłaszających przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn.
akt: KIO 1975/15 oraz KIO 1977/15;
- C. wykonawcy – **FBSerwis S.A.**, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszającego
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie
o sygn. akt: KIO 1975/15 oraz KIO 1980/15;
- D. wykonawcy – **Rotomat Sp. z o.o.**, ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1977/15 oraz KIO 1980/15

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Rotomat Sp. z o.o.**,
ul. Wrocław, Stabłowicka 134, 54-062 **S.A., FBSerwis** ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i
Konsorcjum: BUDIa - Standard Sp. z o.o.,
"B." B., Firma T. Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa
ul. Kopernika 11e, 56-400 Oleśnica i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr**
(słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców
Rotomat Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław,
FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i **Konsorcjum: BUDIa-
Standard Sp. z o.o., "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B.**,
ul. Kopernika 11e, 56-400 Oleśnica tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1975/15

3

Sygn. akt: KIO 1977/15

Sygn. akt: KIO 1980/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pn.: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie Autostradowej Obwodnicy Wrocławia wraz z Łącznikami Kobierzyce i Długołęka tj.: dróg nr 8e (od km 0+000 do km 1+387), S8 (od km 1+287 do km 6+497), A8 (od km 6+497 do km 29+219), S8 (od km 29+219 do km 29+459), 98 (od km 0+000 do km 5+993) wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej „Drogą”, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania Umowy - nr postępowania O.WR.D-3.2413.83.2015. Numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2015-073080

Sygn. akt KIO 1975/15

Odwolujący: Rotomat Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców;
- 2) art. 8 ust. 1 — 3 w zw. z art. 96 ustawy pzp poprzez prowadzenie protokołu postępowania w sposób uniemożliwiający weryfikację pełnej zgodności postępowania Zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów określonymi w SIWZ, w tym bezpodstawne utajnienie załączników do protokołu, zawierających ocenę złożonych ofert w ramach drugiego kryterium;
- 3) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez: a) konsorcjum Saferoad Grawil sp. z o.o. Saferoad Kabex sp. z o. o., oraz b) FB Serwis S.A., oraz c) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zabred S.A., a także d) konsorcjum Budia Standard sp. z o. o., B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B. jako niejawnych części oferty ww. Wykonawcy, zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, pomimo że informacje, zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

4

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę FB Serwis S.A. jako zawierających rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

5) art. 90 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy FB Serwis S.A. do udzielenia wyjaśnień o elementach oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo że cena oferty wybranego Wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów;

6) art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie oceny ofert w sposób niezgodny z postanowieniem siwz; przyznanie ofercie wybranego Wykonawcy i ofercie Odwołującego

nieprawidłowej ilości punktów i wybór oferty najkorzystniejszej sprzecznie z kryteriami oceny ofert określonym w SIWZ;

7) art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

8) art. 96 ustawy pzp poprzez bezprawną odmowę udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami, oraz udostępnienie kart oceny pozostałych ofert z zaczernionymi uzasadnieniami przyznanych punktów.

W związku z zarzutami odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty Wykonawcy FB Serwis SA, gdyż oferta ww. Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

a) odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżone przez konsorcjum Saferoad Grawil sp. z o. o.

Saferoad Kabex sp. z o. o., oraz b) FB Serwis SA oraz c) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zabred SA a także

d) konsorcjum Budia Standard sp. z o. o., B. Firma

Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B., jako niejawnie części ofert, zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a także nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów (oświadczeń) wyjaśnień oraz udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty/oświadczenia /wyjaśnienia,

4) prowadzenie protokołu postępowania w sposób umożliwiający weryfikację pełnej zgodności postępowania Zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów określonymi w SIWZ,

5) odtajnienie protokołu - załącznika z oceną złożonych ofert w ramach drugiego kryterium i udostępnienie go Odwołującemu w całości;

5

6) dokonania ponownej oceny ofert zgodnie i według kryteriów opisanych w siwz, ściśle wg zasad w siwz opisanych;

7) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania;

8) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych w Postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Oferta Odwołującego, jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów, będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Zaniechanie odtajnienia ofert pozostałych wykonawców uniemożliwia ocenę oferty, w tym. m.in. czy oferty pozostałych wykonawców odpowiadają treści siwz. Utajnienie protokołu dokumentującego ocenę ofert uniemożliwia Odwołującemu weryfikację, czy proces wyboru najkorzystniejszej ofert został przeprowadzony prawidłowo.

Odwołujący w dniu 31 sierpnia 2015 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo nr: 1490/2015 z dnia 17 kwietnia 2015 r.), powziął informację, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu, uznana została oferta Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zabred S.A. Odwołujący podnosi, że ww. czynność jest niezgodna z przepisami ustawy pzp oraz postanowieniami siwz. Wybór oferty jest wadliwy gdyż: 1) wybrany wykonawca w kryterium „Jakość” został oceniony w sposób nieprawidłowy, otrzymał zbyt dużą liczbę punktów w programie działań nr 2 oraz nr 3, co przy jednoczesnym 2) zniżeniu liczby przyznanych Odwołującemu punktów w tych dwóch programach doprowadziło do ustalenia niewłaściwej punktacji tych dwóch ofert.

Prowadzenie protokołu uniemożliwiło weryfikację pełnej zgodności postępowania

Zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów określonymi w SIWZ

Zamawiający w siwz w Tomie I, Rozdziale 1 - Instrukcja dla Wykonawców (IDW), pkt 14 - Kryteria wyboru i sposób oceny ceny oraz udzielenie zamówienia, ppkt 14.1.2 - Kryterium

„Jakość” na stronach 15-18 opisał zasady oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego.

Enumeratywnie Zamawiający wskazał ocenianie we wszystkich trzech programach

elementy. W programie pierwszym miały być oceniane: - Ryzyka braku dotrzymania

standardów utrzymania drogi wynikające ze złożonej przez wykonawcę „Koncepcji”, poprzez

porównanie działań zadeklarowanych w „Koncepcji” a działań koniecznych dla realizacji

standardu utrzymania drogi. W tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy

Program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia

standardów utrzymania drogi oraz czy wskazane przez wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standardy utrzymania drogi, - Czy struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewni osiągnięcie standardu utrzymania drogi, w szczególności czy

6

zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnego, w tym w sytuacji nieobecności Kierownika Utrzymania, - Czy wskazane przez Wykonawcę działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewnią bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, - Czy sprzęt, jego właściwości (parametry) oraz sposób prowadzenia prac pozwalają na zwiększenie tempa prac wykonywanych prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych są krótsze, oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz zmniejszenia strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą. W programie drugim ocenie podlegać miały: W ramach podkryterium oceniany będzie Program działań numer 2 „Koncepcji” pod względem skuteczności zaproponowanych przez wykonawcę działań zapobiegających kradzieży i dewastacji mienia oraz pozwalających na efektywną identyfikację zagrożeń na drodze (jak najszybszą) mających wpływ na przejeźdność drogi np.: kolizja, wypadek, przejazd, postój pojazdu stwarzającego zagrożenie, żywych lub martwych zwierząt, uszkodzonych elementów drogi, ubytków w ogrodzeniu, katastrofy budowlanej na drodze lub w jej pobliżu, pożaru na drodze lub w jej pobliżu, nadzwyczajnych zjawisk meteorologicznych (mgły) W tym zakresie brane będą pod uwagę środki zastosowane przez wykonawcę służące szybkiej identyfikacji zagrożeń w szczególności: 1. system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer, 2. liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie, 3. częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby - patrolowania, 4. zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżą lub dewastacji mienia.”

W ostatnim podkryterium ocenie podlegać miały : „Zamawiający, dokonując oceny Programu działań Nr 3 koncepcji pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań dla realizacji standardu utrzymania drogi (a więc przede wszystkim pod względem tego, czy przyjęte przez Wykonawcę działania zapewnią efektywną identyfikację i likwidację zagrożeń na drodze w postaci gołoledzi lub ciągłych opadów śniegu) będzie brał pod uwagę: - czy metody prowadzenia monitoringu w okresie zimowym pozwalają efektywnie identyfikować zagrożenia na drodze powstałe w okresie zimowym na skutek ww. zjawisk meteorologicznych, - ryzyka braku dotrzymania standardu utrzymania drogi wynikające ze złożonej przez wykonawcę „Koncepcji a działań koniecznych dla realizacji standardu utrzymania drogi. W tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia standardu utrzymania drogi oraz czy wskazane przez wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standard utrzymania drogi, - czy struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewni osiągnięcie standardu utrzymania drogi, w szczególności czy zapewniona jest ciągłość

7

procesu decyzyjnego, w tym sytuacji nieobecności Kierownika utrzymania - czy wykonawca ma zagwarantowany dostęp do niezbędnej ilości materiałów uszorstniających i likwidujących śliskość w okresie zimowego utrzymania drogi, - czy wykonawca ma zabezpieczoną dodatkową lokalizację z miejscem do składowania materiałów do zwalczania śliskości oraz wytwornicą solanki, z których m.in. będzie wspomagana akcja zimowego utrzymania drogi, - czy wskazane przez wykonawcę działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, - czy sprzęt, jego właściwości (parametry) oraz sposób prowadzenia prac zapewniają zwiększenie tempa wykonywanych prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych są krótsze, oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz zmniejszenia straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą.”

W toku postępowania jeden z wykonawców w dniu 12 czerwca br. wniósł odwołanie wobec zapisów siwz, zarzucając m. in. nieprecyzyjne opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”. Wobec odwołania Zamawiający 19 czerwca br. wyjaśnił, iż w ramach

zaskarżonego kryterium każdy z oceniających ofertę przedstawi uzasadnienie ilości przyznanych punktów, co w jego ocenie miało wykluczyć przypadki arbitralnego i subiektywnego oceniania przez członków komisji ofert. Zamawiający stwierdził, iż „obowiązkiem zamawiającego będzie uzasadnienie ilości przyznanych punktów poszczególnym ofertom” - strona 16 pisma z 19.06.2015 r. Zamawiający przytoczył wyrok ETS z dnia 18.10.2011 w sprawie C-19/00 i zaznaczył, iż wybór oferty może być w tym postępowaniu dokonany w sytuacji gdy „opinia ekspertów spełnia wymogi profesjonalizmu i bierze pod uwagę wszystkie istotne elementy oferty”. Powyższe wyjaśnienie musi być rozumiane w ten sposób, iż w dokumentacji Zamawiającego powinien znaleźć się zbiór argumentów, motywów i dowodów uzasadniających zdanie poszczególnych ekspertów. W szczególności odniesienie się do każdego ze wskazanych wcześniej parametrów oceny. I tylko wyłącznie wskazane w siwz parametry mogą podlegać ocenie, co oznacza że nie mogą być brane pod uwagę żadne inne okoliczności czy też czynniki. Odwołujący podkreśla, iż poprzez uniemożliwienie mu przez Zamawiającego uzasadnień przyznania punktów innym wykonawcom - nie może na tym etapie sformułować szczegółowych zarzutów wobec ocen ofert innych wykonawców. Jednakże znane mu oceny wobec jego oferty uzasadniają twierdzenie, iż ocena pozostałych ofert dokonana została z naruszeniem zasad określonych w siwz. Odwołujący wskazuje, iż ocena jego oferty w zakresie drugiego programu koncepcji jest skrajna - od 2,5 pkt przyznanych przez J. L. i D. F. do 10 pkt będących punktacją

8

maksymalną. Zgodnie z SIWZ w ramach tego podkryterium program oceniany miał być pod względem skuteczności zaproponowanych przez wykonawcę: 1. działań zapobiegających kradzieży i dewastacji mienia 2. działań pozwalających na efektywną identyfikację zagrożeń na drodze (jak najszybszą) mających wpływ na przejezdność drogi np.: a) kolizja, b) wypadek, c) przejazd, d) postój pojazdu stwarzającego zagrożenie, e) żywych lub martwych zwierząt, f) uszkodzonych elementów drogi, g) ubytków w ogrodzeniu, h) katastrofy budowlanej na drodze lub w jej pobliżu, i) pożaru na drodze lub w jej pobliżu, j) nadzwyczajnych zjawisk meteorologicznych (mgły) I w tym zakresie brane pod uwagę miały być środki zastosowane przez wykonawcę służące szybkiej identyfikacji zagrożeń w szczególności: 5. system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer, 6. liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie, 7. częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby - patrolowania, 8. zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżą lub dewastacji mienia. W ramach tego kryterium nie były brane pod uwagę działania w zakresie monitoringu zagrożeń powstałych w okresie zimowym na skutek zjawisk meteorologicznych. Załączone do protokołu pisemne oceny ekspertów oferty Odwołującego nie pozwalają dostrzec, co było podstawą przyznawania punktów przez poszczególnych oceniających. W przygotowanych przez członków komisji protokołach brak jest ocen, argumentów, motywów, dowodów uzasadniających poszczególną punktację. Odwołujący w tych dokumentach w odniesieniu do programu 2 nie odnajduje analizy skuteczności, która wg wyjaśnień zamawiającego miała wyznaczać kryterium przyznania określonej ilości punktów w tym programie. Trudno w przedstawionych formularzach ocen dostrzec elementy specjalistycznej wiedzy oceniających gdyż de facto ograniczają się one wpisania liczby przyznawanych punktów. Zgodnie z zapisami siwz ocena miała być dokonana pod względem skuteczności, a opinia o niej ewidentnie nie znajduje się w ocenie skarżącego co najmniej w 2 arkuszach ekspertów D. F. i J. L. . Przykładowo przyznana ilość punktów przez eksperta J. L. poparta jest następującymi stwierdzeniami: 1. Wymogi ogólne z OPZ - „koncepcja zawiera wszystkie wymagane opisy czynności w zakresie monitoringu drogi” 2. system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer - „Wykonawca zadeklarował użycie drona i montaż dodatkowych punktów dozoru wizyjnego po przeprowadzeniu analizy” 3. liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie - „Wykonawca zadeklarował zainstalowanie dodatkowych pomiaru warunków meteorologicznych po przeprowadzeniu analizy” 4. częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby - patrolowania, - „Wykonawca zadeklarował wykonywanie 8 przejazdów patrolowych między 6-22 i 2 między 2 a 6 (łącznie 10)” 5. zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżą lub dewastacji mienia - „Wykonawca zadeklarował montaż

9

urządzeń alarmowych na elementach SIA i użycie drona” a eksperta D. F. następującymi: 1. Wymogi ogólne z OPZ - „koncepcja zawiera wszystkie wymagane opisy czynności w zakresie monitoringu drogi” 2. system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer - „Wykonawca zadeklarował użycie samolotu bezobsługowego - drona i montaż dodatkowych punktów dozoru wizyjnego (kamery) po przeprowadzeniu wnikliwej analizy” 3. liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie - „Wykonawca zadeklarował zainstalowanie dodatkowych punktów pomiaru warunków meteorologicznych po przeprowadzeniu analizy.” 4. częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby - patrolowania, - „Wykonawca zadeklarował 8 przejazdów patrolowych między godzinami 6.00 a 22.00 i dwóch patroli między 22.00 a 6.00, w sumie 10 patroli jedna brygada patrolową” 5. zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżom lub dewastacji mienia - „Wykonawca zadeklarował montaż urządzeń alarmowych na elementach SIA i użycie drona”.

Ekspert D. F. stwierdził. m.in.: 1. Wymogi ogólne z OPZ – „koncepcja zawiera wszystkie wymagane opisy czynności w zakresie monitoringu drogi” 2. System monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer – „Wykonawca zadeklarował użycie samolotu bezobsługowego – drona i montaż dodatkowych punktów dozoru wizyjnego (kamery) po przeprowadzeniu wnikliwej analizy” 3. Liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie – „Wykonawca zadeklarował zainstalowanie dodatkowych stacji meteorologicznych na AOW po przeprowadzeniu wnikliwej analizy” 4. częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby – patrolowania – „Wykonawca zadeklarował 8 przejazdów patrolowych między godzinami 6 a 22 i dwóch patroli między 22 a 6, w sumie 10 patroli jedną brygadą patrolową.” 5. zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżom lub dewastacji mienia - „Wykonawca zadeklarował montaż systemu zabezpieczeń na szafach SIA i monitorowanie elementów drogi za pomocą samolotu bezobsługowego - dron”.

Trudno oprzeć się wrażeniu iż zamiast analizy proponowanych rozwiązań mamy w rzeczywistości do czynienia z przepisami fragmentów oferty. W dodatku niezbyt dokładnym. Gdyż np. w ocenie eksperta D. F. znajduje się stwierdzenie, iż patroli dokonywać będzie jedna brygada. Tymczasem skarżący w przedstawionej koncepcji wyraźnie zobowiązał się: Monitorowania Drogi będzie odbywać się głównie poprzez objazdy drogi prowadzone co 2 godziny przez brygady patrolowe w ciągu dnia w godzinach: 6.00-22.00, i co 4 godz. w nocy, w godzinach: 22.00-6.00 - strona 101 oferty. Tak więc mimo, iż Zamawiający podkreślał w wyjaśnieniach z dnia 19.06.2015 r., iż zobowiązuje się on do wykonania czynności oceny ofert zgodnie z duchem orzecznictwa TS UE które wskazuje, tj. poprzez „poszanowanie zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości

10

wymaga, by kryteria udzielania zamówienia były obiektywne zapewniając w ten sposób, by również obiektywnie dokonane było porównanie i ocena ofert” Odwołujący realizacji tego zobowiązania nie odnajduje. Obiektywizm ten dodatkowo trudno odnaleźć w protokołach przedstawionych przez tych ekspertów gdyż posługują się oni identycznie sformatowanymi graficznie formularzami ocen poszczególnych programów działań (w zakresie podziału kolumn i wierszy), oraz przyznaniem punktów skrajnie odbiegających od oceny innych ekspertów. Zamawiający na stronie 15 siwz zastrzegł, iż poszczególne programy działań powinny zawierać co najmniej informacje w zakresie wskazanym we wzorze koncepcji Formularz 2.2 do SIWZ, oraz, że tylko „Brak w złożonej koncepcji informacji wskazanych w tym wzorze i nie oznaczonych jako obligatoryjne rodził będzie skutki w postaci odpowiedniego uwzględnienia tego faktu przy ocenie ofert w ramach kryterium koncepcja działań (niższą ocenę Koncepcji), oraz uznaniu przez zamawiającego, iż koncepcja niesie zamawiającemu więcej ryzyk dla skutecznej realizacji standardu drogi. Za brak podania przez wykonawcę informacji wskazanych we wzorze Koncepcji działań stanowiących formularz 2.2 do SIWZ uznawana będzie sytuacja, w której informacje są na tyle lakoniczne i ogólnikowe, iż nie pozwalają ocenić koncepcji w oparciu o opis kryterium oceny oferty”. Skoro więc ekspert D. F. stwierdza w protokole, iż „koncepcja zawiera opis wszystkich istotnych czynności wykonawcy w zakresie monitoringu drogi”, a ekspert J. L. stwierdza, iż „koncepcja zawiera wszystkie wymagane opisy czynności w zakresie monitoringu drogi”, i dokonują oceny koncepcji w oparciu o opis kryterium, to brak jest przesłanek do niższej oceny koncepcji Odwołującego w tym zakresie. Sprzeczne z logiką jest bowiem stanowisko, iż z jednej strony koncepcja spełnia wymogi siwz a z drugiej zawiera braki. Dodatkowo

Odwołujący ponosi, iż w przedstawionej koncepcji działań dla programu nr 2 zawarł zarówno elementy obligatoryjne oraz nieobligatoryjne w sposób konkretny i zobowiązał się realizacji przedstawionego sposobu działań. Eksperti D. F. i J. L. jak wskazano wyżej nie stwierdzili w tym zakresie braków. Nie zauważyli również iż Odwołujący przedstawił w swojej koncepcji dodatkowe elementy służące szybkiej identyfikacji zagrożeń i przeciwdziałaniu im, które nie zostały ocenione w arkuszu ocen takie jak: • pracownicy Wykonawcy, którzy podczas codziennego wykonywania obowiązków korzystają z AOW, będą posiadać specjalny dodatkowy numer Dyspozytora w dodatkowej bazie (siedziba Wykonawcy) w pobliżu węzła Wrocław Stadion, pod którym całodobowo będą przyjmowane zgłoszenia w ramach monitorowania bezpieczeństwa na drodze. Dzięki niewielkiej odległości dodatkowej bazy istnieje możliwość szybszej mobilizacji dodatkowych brygad przez 24 godz./dobę; • Wykonawca przewiduje wykorzystanie systemu zabezpieczeń elementów Drogi (OVDot - mikrocząsteczki niklu - oznakowanie widoczne tylko w świetle ultrafioletowym); • prowadzenie informacyjnych działań prewencyjnych w zakresie ochrony mienia drogowego

11

oraz zachowania bezpieczeństwa ruchu drogowego. III Program działań Numer 3 - Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi Zamawiający na stronie 15 siwz zastrzegł, iż poszczególne programy działań powinny zawierać co najmniej informacje w zakresie wskazanym we wzorze koncepcji Formularz 2.2 do SIWZ, oraz, że tylko „Brak w złożonej koncepcji informacji wskazanych w tym wzorze i nie oznaczonych jako obligatoryjne rodził będzie skutki w postaci odpowiedniego uwzględnienia tego faktu przy ocenie ofert w ramach kryterium koncepcja działań (niższą ocenę Koncepcji), oraz uznaniu przez zamawiającego, iż koncepcja niesie zamawiającemu więcej ryzyk dla skutecznej realizacji standardu drogi. Za brak podania przez wykonawcę informacji wskazanych we wzorze Koncepcji działań stanowiących formularz 2.2 do SIWZ uznawana będzie sytuacja, w której informacje są na tyle lakoniczne i ogólnikowe, iż nie pozwalają ocenić koncepcji w oparciu o opis kryterium oceny oferty”. Stosownie zaś do wymagań SIWZ w ramach tego podkryterium - Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi - oceniany będzie program działań Nr 3 „Koncepcji” pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań dla realizacji standardu utrzymania drogi w okresie zimowym (opisanego w pkt 4 dla Elementu 1 „Nawierzchnia jezdni” Załącznika nr 3 do OPZ) przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną Drogią w sytuacji wystąpienia zagrożeń na drodze na skutek zjawisk meteorologicznych: a) gołoledzi, b) ciągłych opadów śniegu. Zamawiający, dokonując oceny Programu działań Nr 3 koncepcji pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań dla realizacji standardu utrzymania drogi (a więc przede wszystkim pod względem tego, czy przyjęte przez Wykonawcę działania zapewnią efektywną identyfikację i likwidację zagrożenia na drodze w postaci gołoledzi lub ciągłych opadów śniegu) będzie brał pod uwagę: - czy metody prowadzenia monitoringu w okresie zimowym pozwalają efektywnie identyfikować zagrożenia na drodze powstałe w okresie zimowym na skutek ww. zjawisk meteorologicznych, - ryzyka braku dotrzymania standardu utrzymania drogi wynikające ze złożonej przez wykonawcę „Koncepcji”, a działań koniecznych dla realizacji standardu utrzymania drogi. W tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia standardu utrzymania drogi oraz czy wskazane przez wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standard utrzymania drogi, - czy struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania drogi, w szczególności czy zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnego, w tym sytuacji nieobecności Kierownika utrzymania - czy wykonawca ma zagwarantowany dostęp do niezbędnej ilości materiałów uszorstniających i likwidujących śliskość w okresie zimowego utrzymania drogi, - czy wykonawca ma zabezpieczoną

12

dodatkową lokalizację z miejscem do składowania materiałów do zwalczania śliskości oraz wytwornicą solanki, z których m.in. będzie wspomagana akcja zimowego utrzymania drogi, - czy wskazane przez wykonawcę działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, - czy sprzęt, jego właściwości

(parametry) oraz sposób prowadzenia prac zapewniają zwiększenie tempa wykonywanych prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych są krótsze, oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz zmniejszenia straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą.

Odwołujący wskazuje, iż w formularzu 22 dotyczącym Koncepcji działań dla programu numer 3 Zamawiający wskazał, iż ocenianym elementem będzie pkt. 4 elementu numer 1 - Drogi - Nawierzchnia jezdni, tj. dotrzymanie standardu opisanego następująco: Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia działań prewencyjnych. Na całej szerokości drogi (wraz z zatokami, utwardzonym pasie rozdziału i pasem awaryjnym) bez śniegu, zajeżdżonego śniegu, błota pośniegowego, gołoledzi, lodu i innych zjawisk lub zanieczyszczeń wynikających z zimowych warunków atmosferycznych. Element ten został opisany zgodnie z załącznikiem numer 3 do OPZ na stronie 6. Tak więc zgodnie z zastrzeżeniem tylko utrzymanie elementu drogi jakim jest nawierzchnia jezdni - zarówno w zakresie czynności wykazanych jako obligatoryjne jak i nie obligatoryjne - może podlegać ocenie i tylko w tym zakresie zgodnie z kryteriami i zasadami przedstawionymi w SIWZ przez zamawiającego podlegać powinna koncepcja w ramach przedstawionej oferty. Tymczasem w protokołach dwóch ekspertów (D. F. i J. L.) w odniesieniu do oferty Odwołującego wskazano, iż „nie opisano prac zimowego utrzymania dróg na chodnikach, ścieżkach rowerowych i drogach poza drogą główną”. Element zimowego utrzymania dróg na chodnikach, ścieżkach rowerowych nie może być przedmiotem oceny, gdyż zgodnie z załącznikiem numer 3 do

OPZ (strona 69), prace z tym związane opisane są w punkcie nr 23 tj. Chodniki i ścieżki rowerowe, wysepki kanalizujące ruch, ronda - punkt 3. Na całej szerokości (wraz z zatokami autobusowymi) bez luźnego śniegu, lodu i innych zjawisk lub zanieczyszczeń wynikających z zimowych warunków atmosferycznych. Tym samym ocenie podlegały elementy nie wskazane w siwz jako parametry oceny w tym zakresie. Podobnie wskazanie tych dwóch ocenających, iż nie opisano w ofercie Odwołującego zimowego utrzymania dróg na chodnikach, ścieżkach rowerowych i drogach poza drogą główną nie precyzuje, które drogi eksperci mieli na myśli. Szczegółowy opis zimowego utrzymania dróg na rondach nie może być przedmiotem oceny, gdyż zgodnie z załącznikiem numer 3 do OPZ (strona 69), prace z tym związane opisane są w punkcie nr 23 tj. Chodniki i ścieżki rowerowe, wysepki

13

kanalizujące ruch, ronda - punkt 3. Na całej szerokości (wraz z zatokami autobusowymi) bez luźnego śniegu, lodu i innych zjawisk lub zanieczyszczeń wynikających z zimowych warunków atmosferycznych. Szczegółowy opis zimowego utrzymania dróg na drogach innej funkcji niż krajowa nie może być przedmiotem oceny, gdyż zgodnie z załącznikiem numer 3 do OPZ (strona 81), prace z tym związane opisane są w punkcie nr 26 tj. Drogi innej funkcji niż krajowa - punkt 5. Jezdnia odśnieżona w miejscach zasp, odśnieżony przynajmniej jeden pas ruchu z wykonaniem mijanek, jezdni posypana na odcinkach decydujących o możliwości ruchu. Brak luźnego śniegu, brak zasp, brak gołoledzi, dopuszcza się występowanie zajeżdżonego śniegu.

Negatywna ocena ekspertów przedstawionej koncepcji w ramach programu działań numer 3 dotyczyła również w tym programie zarzutu, iż nie pozwalała na ocenę czy wykonawca ma zapewniony dostęp do niezbędnej ilości materiałów ZUD. W formularzu 22 w zakresie koncepcji działań dla programu numer 3 zamawiający wskazał również, iż ocena skuteczności działań będzie brał pod uwagę czy: - czy wykonawca ma zagwarantowany dostęp do niezbędnej ilości materiałów uszorstniających i likwidujących śliskość w okresie zimowego utrzymania drogi (strona 17 SIWZ), - oczekując opisu działań Wykonawcy podejmowanych w celu realizacji standardu utrzymania elementu Drogi zawierać opis wszystkich istotnych czynności wykonawcy, niezbędnych do realizacji standardu w szczególności: sposobu zapewnienia odpowiednich materiałów do zimowego utrzymania drogi w sytuacji wystąpienia ww. zjawisk meteorologicznych (oraz w formularzu 22), W protokole eksperta J. L. można przeczytać jednak dwa wykluczające się stwierdzenia. Stwierdza on bowiem, iż „opis działań zawiera sposób zapewnienia materiałów ZUD, by jednocześnie stwierdzić, iż zapisy koncepcji nie pozwalają na ocenę, czy wykonawca ma zapewniony dostęp do niezbędnej ilości materiałów ZUD. Nie zostało dookreślone jakie to zapisy wzbudziły takie wątpliwości ocenających, jakiego elementu im w koncepcji brakuje, który z parametrów wskazanych w siwz nie został dostatecznie opisany i dlaczego.

Cytowana ocena ma wszelkie znamiona subiektywnego przekonania, nie popartego żadnymi

dowodami. Trudno wykonawcy w jakikolwiek sposób zrozumieć powyższe stwierdzenia i negatywną ocenę swojej koncepcji skoro zamawiający w ramach postępowania podjął się oceny skuteczność przyszłych działań wykonawcy w zakresie opisu sposobu zapewnienia materiałów. Sposób bowiem zgodnie z definicją słownika języka polskiego jest „określeniem trybu postępowania, czymś co umożliwi osiągnięcie lub wykonanie czegoś”. Skoro więc w przedstawionych koncepcjach Odwołujący wyraźnie wskazał między innymi, iż „w ramach harmonogramu przygotowania do zimowego utrzymania dróg w terminie do 01.10 przygotowuje materiały do zwalczania śliskości” (strona 41 koncepcji - program działań numer 3), „wykonawca będzie zaopatrywał się we własnym zakresie w niezbędne ilości materiałów

14

potrzebnych do zwalczania śliskości, poza pierwszym wypełnieniem magazynu” (strona 39 koncepcji - program działań numer 3), podając również iż „wykonawca będzie mieć do dyspozycji magazyn soli, wytwornicę solanki, zasobniki solanki” oraz zapewni w sezonie zimowym ilości zapasu materiału (strona 40 koncepcji - program działań numer 3) zgodnie z załącznikiem nr 9 do OPZ. W ocenie Odwołującego wskazał więc on wyraźnie, zgodnie z wymogiem zawartym przez zamawiającego na stronie 15 SIWZ, w sposób konkretny (nie ogólnikowy) oraz jednoznacznie zobowiązujący do zagwarantowania dostępu do niezbędnej ilości materiałów. W zapiskach dotyczących negatywnych ocen nie wskazano dlaczego przedstawiona koncepcja nie zapewnia zwiększenia tempa prac, nie zapewnia bezpieczeństwa i minimalizacji straty czasu przejazdu. Ponownie zamawiający nie przeprowadził oceny oferty zgodnie z zapewnieniem, iż „obowiązkiem zamawiającego będzie uzasadnienie ilości przyznanych punktów poszczególnym ofertą” co oznacza, iż w dokumentacji powinien znaleźć się zbiór argumentów, motywów i dowodów uzasadniających zdanie poszczególnych ekspertów. Tymczasem w protokołach brak jest ocen, argumentów, motywów, dowód co stanowi o braku w tym zakresie profesjonalizmu ekspertów. Przykładowo program działań w ramach realizacji koncepcji numer 3 eksperta D. F. zawiera wyłącznie następujące stwierdzenia: 1. Element 1 Drogi Nawierzchnia jezdni opis działań - metody monitorowania warunków pogodowych, - „opis działań zawarty w koncepcji zawiera metody monitorowania warunków pogodowych,” 2. Element 1 Drogi Nawierzchnia jezdni opis działań - opisu technologii i organizacji pracy utrzymaniowej wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze - „w koncepcji zawarto opis technologii i organizacji pracy utrzymaniowej w obwodzie” 3. Element 1 Drogi Nawierzchnia jezdni opis działań - sposobu zapewnienia odpowiednich materiałów do zimowego utrzymania drogi w sytuacji wystąpienia ww. zjawisk meteorologicznych, - „w koncepcji nie podano sposobu zapewnienia materiałów do zud” 4. Element 1 Drogi Nawierzchnia jezdni opis działań - lokalizacji dodatkowego miejsca do składowania materiałów do zwalczania

śliskości oraz wytwornicą solanki -

„koncepcja zawiera lokalizację dodatkowego miejsca do składowania materiałów” 5. Element 1 Drogi Nawierzchnia jezdni opis działań - Sprzęt jaki będzie Wykonawca używał prowadząc działania mające na celu utrzymanie standardu - „podano sprzęt do wykorzystania do zimowego utrzymania drogi” 6. Element 1 Drogi Nawierzchnia jezdni opis działań - c; as na doprowadzenie do opisanego wymagania. - „zostały spełnione wymogi maksymalnego czasu na doprowadzenie do opisanego wymagania” 7. czy metody prowadzenia monitoringu w okresie zimowym pozwalają efektywnie identyfikować zagrożenia na drodze powstałe w okresie zimowym na skutek ww. zjawisk meteorologicznych, - „metody prowadzenia monitoringu drogi w okresie zimowym pozwalają efektywnie identyfikować zagrożenia i na drodze powstałe w okresie zimowym na skutek wystąpienia zjawisk meteorologicznych” 8.

15

ryzyka braku dotrzymania standardu utrzymania drogi wynikające ze złożonej przez wykonawcę „Koncepcji” a działań koniecznych dla realizacji standardu utrzymania drogi. W tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia standardu utrzymania drogi oraz czy wskazane przez wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standard utrzymania drogi, - „z opisu w koncepcji wynika, że występuje ryzyko braku dotrzymania standardu utrzymania drogi przy wykonywaniu zadeklarowanych działań” 9. czy struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania drogi, w szczególności czy zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnego, w tym sytuacji

nieobecności Kierownika utrzymania. „Struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania drogi. Zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnej o w tym w sytuacji nieobecności Kierownika utrzymania.” 10. czy wykonawca ma zagwarantowany dostęp do niezbędnej ilości materiałów uszorstniających i likwidujących śliskość w okresie zimowego utrzymania drogi, „Na podstawie zapisów Koncepcji nie można ocenić, czy Wykonawca ma zapewniony dostęp do niezbędnej ilości materiałów ZUD ”11. czy wykonawca ma zabezpieczoną dodatkową lokalizację z miejscem do składowania materiałów do zwalczania śliskości oraz wytwornicą solanki, z których m.in. będzie wspomagana akcja zimowego utrzymania drogi, „Wykonawca zadeklarował zabezpieczenie o nową dodatkową lokalizacją bazy zimowego utrzymania dróg” 12. czy wskazane prze:: wykonawcę działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, „Na podstawie zapisy koncepcji nie można ocenić, czy działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu przejazdu. Wykonawca jednak zadeklarował skrócenie czasu doprowadzenia do standardu.” 13. czy sprzęt, je, właściwości (parametry) oraz sposób prowadzenia prac zapewniają zwiększenie tempa;

wykonywanych prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych są krótsze, oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz zmniejszenia straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą. „Wykonawca zadeklarował sposób prowadzenia zud zgodnie z ogólnymi standardami bez zapewnienia zwiększenia tempa prac utrzymaniowych”.

IV Odwołujący w toku postępowania tj. w dniach 03.09. 2015 r. i 9.09.2015 r. wystąpił do Zamawiającego o wgląd do protokołu postępowania - w szczególności o uzasadnień przyznanych punktów poszczególnym wykonawcom. W dniu 03.09.2015 r. Zamawiający odmówił udostępnienia tych elementów protokołu argumentując swoją decyzję tym, iż

16

ujawnienie tych dokumentów mogłoby skutkować ujawnieniem zastrzeżonych części ofert innych wykonawców. Następnie w dniu 9 września Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty, jednak całe uzasadnienia ocen zostały zaczerpnięte Po zapoznaniu się z uzasadnieniami oceny oferty Odwołującego, powziął on wiedzę, że indywidualne karty oceny ofert zawierają wyłącznie informacje o przyznanej danej ofercie przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej ilości punktów w kolejnych podkryteriach oraz prawdopodobnie cytaty z treści ofert. Protokół postępowania nie zawiera zatem informacji o przyczynach i podstawach uzasadniających ocenę na określonym poziomie punktowym. Nie istnieją żadne inne dokumenty wytworzone przez członków komisji zamawiającego, które zawierały by dodatkowe informacje w zakresie sposobu przyznawania punktów w ramach poszczególnych podkryteriów. W związku z tym Odwołujący podnosi, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny ofert niezgodnej z opisem zawartym siwz. Ponadto Zamawiający nie dopełnił obowiązku rzetelnego, obiektywnego i pisemnego prowadzenia postępowania, gdyż oceny ofert dokonane przez członków Komisji Przetargowej sporządzono w sposób uniemożliwiający identyfikację podstaw i przyczyn przyznanych ocen. Ocena ofert dokonana przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej ogranicza się do wskazania informacji o przyznanej określonej ofercie liczbie punktów w danym podkryterium. Oceny te nie zawierają opisu umożliwiającego odtworzenie powodów, dla których dany Członek Komisji Przetargowej przyznawał ofercie daną ilość punktów. Tym samym Zamawiający przeprowadził błędnie proces oceny ofert, czym naruszył zasadę jawności i obiektywności postępowania o zamówienie publiczne. Odwołujący podkreśla, że ocena ofert jak każda z czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne jest jawna. Niezgodnym z art. 8 ustawy pzp jest takie prowadzenie postępowania i jego dokumentowanie, które uniemożliwia lub utrudnia jego zbadanie lub odtworzenie. Brak opisu podstaw i przyczyn, które przesądzały o określonym wyniku punktowym oferty, skutkuje bezpodstawnym utajnieniem postępowania i narusza prawa Wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Odwołujący podkreśla, że „na mocy art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenia zamówienia jest jawne.(...) Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia dokładnej dokumentacji postępowania. Dotyczy to w szczególności kluczowych jego etapów, do których z pewnością należy ocena merytoryczna i wybór najkorzystniejszej oferty.” (KIO 69/12) W związku z powyższym zgodnie z postanowieniami SIWZ członkowie komisji

zobowiązani byli dokonać ocen indywidualnych. W opisie poszczególnych kryteriów SIWZ stwierdza, że: „członkowie komisji przetargowej dokonają analizy i oceny przyznając punkty” - Tym samym istnieć muszą oceny indywidualne członków komisji. Ponieważ zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, oceny te muszą mieć formę pisemną, a tym samym stanowią część dokumentacji

17

przetargowej. Fakt, że wg rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 26 października indywidualna karta oceny przestała być elementem protokołu wynikającym z mocy prawa nie zmienia tego, że Zamawiający musi prowadzić dokumentację procesu oceny merytorycznej i udostępnić ją na wniosek. W szczególności rozporządzenie stwierdza, że protokół zawiera informacje dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty - a informacje o ocenach poszczególnych członków komisji niewątpliwie są takimi. W szczególności w wypadku skomplikowanej procedury oceny merytorycznej - z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu - Zamawiający musi prowadzić dokumentację przeprowadzonej oceny. W przeciwnym wypadku mimo najbardziej nawet obiektywnych i możliwych do zewnętrznej weryfikacji postanowień SIWZ w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, proces ten staje się nieprzejrzysty, uznaniowy i niemożliwy do weryfikacji przez strony postępowania lub zewnętrzną kontrolę.” (KIO 69/12) Ponadto, istotnym jest także, że „Zamawiający, po otwarciu ofert, nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w SIWZ. (wyrok UZP/ZO/0-121/05). Postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego, (wyrok SO w Warszawie z dnia 22.07.2005, sygn. akt: V Ca 592/05). Zamawiający poprzez sformułowanie SIWZ określił precyzyjne kryteria, a w ich ramach szczegółowe cechy oferty, podlegające ocenie. Zamawiającemu nie wolno oceniać ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 Pzp. (wyrok ZA UZP/ZO/0-121/05).” Także w wyroku z dnia KIO 975/15, Izba wyraźnie orzekła już w sentencji wyroku, iż należy uwzględnić odwołanie jeśli prowadzona przez Zamawiającego dokumentacja w zakresie oceny ofert uniemożliwia weryfikację zgodności postępowania Zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów określonymi w siwz. Izba w uzasadnieniu podkreślała iż obowiązkiem Zamawiającego jest takie dokumentowanie procesu oceny ofert, aby inni uczestnicy mogli na podstawie wytworzonych przez Zamawiającego dokumentów odtworzyć powody dla których dany członek komisji przyznała taką a nie inną liczbę punktów. Tym samym uzasadnienia muszą zawierać odniesienia do treści ocenianych ofert oraz ich konfrontację z opisanymi w siwz zasadami ocen. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodu w postaci przesłuchania świadków - wszystkich członków komisji Zamawiającego, adres do doręczeń jak dla Zamawiającego - na okoliczność prawidłowości dokonanej punktacji, określenie czy ocena dokonywana była indywidualnie przez członków Komisji czy też zbiorowo podczas posiedzenia całej komisji, ustalenia czy oferty były badane względem siebie. W związku z powyższym, z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie sporządził

18

dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający wykluczenie tego zarzutu, zdaniem Odwołującego, naruszona została naczelna zasada jawności postępowania. Powyższe stanowi przesłankę do unieważnienia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia oceny zgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym zwłaszcza zdefiniowanymi w SIWZ kryteriami wyboru, oraz w zgodzie z ustawą pzp, w tym w szczególności jej postanowieniami o jawności postępowania i jego dokumentacji. Odwołujący wskazuje w tym miejscu również stanowisko UZP: „Przepis 27 pkt. 2 stanowi, że informacje związane z przebiegiem badania, oceny i porównywania treści złożonych ofert mają charakter tajny i nie podlegają ujawnieniu przez zamawiającego. Tym samym, sam proces badania, oceny i porównywania ofert jest tajny, co wskazuje na niemożność brania w nim udziału osób trzecich w charakterze "obserwatorów." Należy jednak zwrócić uwagę, iż jawne jest streszczenie tego procesu oraz jego wynik [podkreślenie własne]. Z treści art. 26a ust.2 oraz 27 pkt. 2 ustawy wynika bowiem, że jawny pozostaje protokół postępowania (dokumentacja podstawowych czynności), który zawiera streszczenie oceny i porównania złożonych ofert

(art. 25 ust. 1 pkt. 5 ustawy).”

V Rażąco niska cena i czyn nieuczciwej konkurencji. Cena oferty FB Serwis S.A jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca FB Serwis S.A zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 26.162.128,63 zł (dwadzieścia sześć milionów sto sześćdziesiąt dwa tysiące sto dwadzieścia osiem złotych sześćdziesiąt trzy grosze). Czyli o ponad 30 % mniej niż kwota którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia - kwota 37.425.882,38 zł (trzydzieści siedem milionów czterysta dwadzieścia pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt dwa złote trzydzieści osiem groszy). Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca złożył wyjaśnienia, jednak w opinii odwołującego wyjaśnienia te są zbyt ogólne, nie zawierają dowodów na potwierdzenie,

że podana cena nie jest rażąco niska.

Zawierają jedynie stwierdzenia ogólne, nie poparte dowodami, tym samym nie czynią zadość wymogom określonym w art. 90 ust 1 ustawy PZP. Skoro to na Wykonawcy spoczywał ciężar udowodnienia, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska i Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w taki sposób, aby nie pozostawiać wątpliwości co do wysokości ceny, to Zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp odrzucić ofertę. Zamawiający zaś zamiast odrzucić ofertę FB Serwis S.A, dopuścił ją do oceny merytorycznej, tym samym naruszając postanowienia art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez ww. Wykonawcę jest nierealistyczna i skalkulowana została w sposób uniemożliwiający bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia. Zgodnie z linią orzecniczą KIO przyjmuje się, że „ceną rażąco

19

niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.” (KIO 560/12). Innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez ww. Wykonawców cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia, (KIO 676/12). Cena zaoferowana przez ww. Wykonawcę, przy uwzględnieniu niżej wymienionych zmiennych, znacznie odbiega od wartości pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu. Istotnym jest także, że oferta nie zawiera informacji, w tym kalkulacji, pozwalających przyjąć, że ww. Wykonawcy zastosowali szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne, lub, że znajdują się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. W związku z powyższym, w ustalonym stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej wybranych Wykonawców względem rynkowych cen wykonania rzeczowego zamówienia w ocenie Odwołującego uzasadniony jest wniosek, że cena oferty najkorzystniejszej jest ceną nierealistyczną, uniemożliwiającymi w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. cena, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników wpływających na jej „okazywność” oraz ze względu na rzeczywistą wartość rynkową umowy o przedmiotowe zamówienie, skalkulowana została poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług. Błędny jest zdaniem Odwołującego stanowisko, że jest skalkulowana w sposób prawidłowy, a więc uwzględniający wszelkie ryzyka i koszty wykonania zadania, oferty Wykonawców działających w tych samych warunkach gospodarczych, oferty mogą różnić cenowo na poziomie kilkudziesięciu procent. Odwołujący podnosi, że przedstawione powyżej okoliczności, potwierdzają, że metoda, którą wybrany Wykonawca przyjął, konkurując o udzielenie zamówień, czyni jego ofertę niewiarygodną i nierealistyczną a nadto działania takie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w linii orzecniczej KIO, w myśl której „Dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych, rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu” (KIO 2885/12) a także KIO 400/12 ; KIO 2844/12. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowane przez ww. Wykonawcę cena za realizację zamówień, zdaniem Odwołującego rażąco niska, stanowi de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co

konkurencji. Odwołujący podkreśla, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. "Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: "Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący nie jest zobligowany do udowodnienia zarzutu rażąco niskiej ceny, wystarczy jedynie iż uprawdopodobni iż z taką sytuacją możemy mieć do czynienia. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje, iż zawarte w ofercie FB Serwis S.A. są nierealistyczne. Pozycja nr 89 Obwód utrzymania autostrady przy węźle Wrocław Północ wraz z budynkami i wyposażeniem. Wykaz elementów utrzymania zawiera Załącznik nr 1a do OPZ (strona 36 załączony do odwołania), opis standardów zawarty jest w załączniku nr 3 do OPZ (strona 71 do 77 załączony do odwołania), a szczegółowy opis czynności został zamieszczony w OPZ (strona 18 do 20 - załączony do odwołania). Cena jednostkowa netto wykonawcy FB Serwis S.A.: 10 000,00 zł netto / miesiąc. W cenie wykonawca winien: 1. zapewnić ciągłą ochronę nad obiektami i terenem OU 2. utrzymać czystość w obiektach OU 3. ponieść koszty dostaw mediów i wywozu nieczystości 4. wyposażyć obiekt w niezbędne wyposażenie biurowe i środki komunikacji, 5. ponieść koszty podatku od nieruchomości adekwatnie do zajmowanej powierzchni budynków

21

oraz w całości od budowli i gruntów. Tak więc zamawiający zobowiązał wykonawcę do dokonania serwisowania (w tym także odpłatnego), bieżących prac konserwacyjnych (wymiany części eksploatacyjnych) oraz bieżących napraw i prac remontowych obiektów budowlanych OU, maszyn, urządzeń i wyposażenia technicznego oraz zachowania ich w stanie nie pogorszonym i umożliwiającym dalszą eksploatację w trakcie trwania umowy. Na koniec trwania umowy urządzenia i maszyny mogą nosić ślady zużycia wynikające z ich prawidłowej eksploatacji. Stan budynków zostanie oceniony w ostatnim roku użytkowania przez niezależnego rzeczoznawcę wskazanego przez Przedstawiciela Zamawiającego. Na podstawie tej ekspertyzy budynki i pomieszczenia zostaną wyremontowane (odnowione) przez Wykonawcę przed końcem trwania umowy. Poniżej przedstawiamy kalkulację jedynie kosztu podatku od nieruchomości w podziale na Zamawiającego i Dzierżawcę oraz Wykonawcę przy zastosowaniu aktualnych stawek obowiązujących na terenie umiejscowienia OUA Widawa. **PODATEK OD NIERUCHOMOŚCI OUA WIDAWA W SKALI ROKU 1. POWIERZCHNIA GRUNTÓW w m² łącznie - 54 936,00 m² a) POWIERZCHNIA GRUNTÓW w m² dla Wykonawcy - 54 936,00 m² x 0,88 zł daje 48 343,68 zł b) POWIERZCHNIA GRUNTÓW w m² dla Zamawiającego - 00,00 m² x 0,88 zł daje 0,00 zł 2. POWIERZCHNIA ZABUDOWY w m² łącznie - 3 237,39 m² a) POWIERZCHNIA ZABUDOWY w m² dla Wykonawcy - 2 237,29 m² x 22,82 zł daje 51 054,96 zł b)**

POWIERZCHNIA ZABUDOWY w m2 dla Dzierżawcy - 256,73 m2 x 22,82 zł daje 5 858,58 zł
c) POWIERZCHNIA ZABUDOWY w m2 dla Zamawiającego - 743,37 m2 x 22,82 zł daje 16 963,70 zł 3. RAZEM Wykonawca w skali roku (suma pkt 1a i 2a)- 99 398,64 zł 4. RAZEM Wykonawca w skali miesiąca - 8 283,22 zł 5. RAZEM Zamawiający i Dzierżawca w skali roku - 22 822,28 zł Powyższa kalkulacja wskazuje jednoznacznie, iż wykonawca FB Serwis S.A. rażąco nisko wycenił koszt utrzymania OUA Widawa i zaproponowana cena odbiega od rzeczywistych kosztów jego utrzymania. Dodatkowym dowodem jest odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 12, gdzie Zamawiający wskazuje na

średnie miesięczne koszty nie wszystkich mediów w wysokości 10 000 zł i zobowiązuje wykonawcę do ich całkowitego pokrycia. Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących tej pozycji cenowej w sytuacji, w której cena podana przez FB Serwis S.A. jest dwukrotnie niższa niż koszty comiesięcznych mediów oraz podatku od nieruchomości jest niezrozumiałe. Jeśli do tego dodać koszty innych czynności i ewentualne remonty, które z oczywistych względów po 6 latach użytkowania OUA wystąpią, to decyzja ta wydaje się jeszcze bardziej irracjonalna. ZFB Serwis S.A. podał rażąco niską cenę w wysokości 10 tysięcy za miesiąc w sytuacji gdy obligatoryjne koszty utrzymania bazy wynoszą 20 tysięcy (media i podatki) i nie uwzględniają pozostałych czynności i prac remontowych, które z dużym prawdopodobieństwem będzie trzeba wykonać po 6 latach utrzymania. Pozycja nr 82 Most Rędziański (MA-21') z estakadami

22

dojazdowymi wraz z wyposażeniem i terenem pod obiektem w rozbiciu na jezdnie Cena jednostkowa netto Wykonawcy FB Serwis S.A.: 3 500,00 zł netto / miesiąc. Wartość robót na czas trwania kontraktu Wykonawcy FB Serwis S.A.: 252 000,00 zł netto.

Odwołujący przez ostatnie 15 miesięcy wykonywał prac związane z utrzymaniem ww. obiektu i posiada wiedzę na temat realnych kosztów wykonania niżej wymienionych czynności utrzymaniowych. Utrzymanie obejmuje swoim zakresem: a) utrzymanie elementów konstrukcyjnych i wyposażenia obiektów inżynierskich, czyszczenie i konserwacja, b) utrzymanie czystości znaków i ekranów dźwiękochłonnych, ekranów zabezpieczających przed zwierzętami latającymi, c) czyszczenie studzienek, d) utrzymanie drożności elementów odwodnienia, e) utrzymanie czystości przestrzeni podmostowej, f) utrzymanie i uzupełnianie elementów odwodnienia (np. kratki ściekowe, włazy studzienek, kolektory) g) wymianę uszkodzonych barier, h) uzupełnianie znaków drogowych (słupków hektometrowych), i) naprawy i uzupełnianie ekranów akustycznych, j) naprawy i uzupełnianie ogrodzenia pasa drogowego, k) drobne naprawy wyrw w skarpach, umocnień stożków, l) drobne naprawy nawierzchni jezdni, m) usuwanie graffiti, n) utrzymanie systemu podwieszenia mostu, czyszczenie, konserwacja i przeglądy, o) utrzymanie, konserwacja, przeglądy i dozór techniczny nad instalacją elektryczną, odgromową, wentylacyjną i dźwigiem osobowo-towarowym w pylonie, p) naprawy oświetlenia, q) utrzymanie, konserwacja i przeglądy łóżysk, urządzeń dylatacyjnych, r) patrolowanie obiektu i terenu przyległego, s) współpraca z administracją drogową, Policją, Pogotowiem ratunkowym, jednostkami Systemu Ratowniczo-Gaśniczego, t) dokonywanie zgłoszeń Policji w stwierdzonych przypadkach dewastacji lub kradzieży elementów wyposażenia drogi oraz w przypadkach uszkodzeń mechanicznych tych elementów wyposażenia. Przykładowo czynności w punkcie r polegają na bieżącym monitorowaniu stanu obiektu i wyposażenia i powinny być wykonywane przez dodatkową brygadę patrolową, która powinna kontrolować Most z estakadami z poziomu pomostu, a także czystość dylatacji, sprawdzać zabezpieczenia wejść do pylonu i do skrzynek oraz

kontrolować i identyfikować uszkodzenia następujących elementów: - nawierzchnia jezdni (nierówności, ubytki, pęknięcia, zaleganie zanieczyszczeń lub śniegu, brak odpływu wody z jezdni lub zalodzenie itp.) - oznakowanie pionowe i poziome (deformacje, ubytki, zanieczyszczenie, uszkodzenia, brak zasilania lub uszkodzone oświetlenie itp.) - krawężniki (ubytki itp.), - nawierzchnia chodników (nierówności, ubytki, pęknięcia, zanieczyszczenia itp.), - urządzenia dylatacyjne (nieszczelności, deformacje, korozja, ubytki, uszkodzenia, zanieczyszczenie itp.), - bariery ochronne (deformacje, korozja, ubytki, uszkodzenia itp.), - balustrady i ekrany (deformacje, korozje, ubytki, uszkodzenia itp.), - oświetlenie uliczne (deformacje, korozja, ubytki, dysfunkcja itp.), - lotnicze światła przeszkodowe (ubytki, dysfunkcja itp.), - iluminacja mostu (deformacje, ubytki, dysfunkcja), - rury osłonowe ciągien

23

podwieszających (uszkodzenia, oblodzenia, spękanie itp.), - rury obsadowe zakotwień want (deformacje, korozja, uszkodzenia itp.), - podpory (deformacje, zarysowania, przemieszczenia itp.), - elementy systemów monitoringu obiektu (przemieszczenia, ubytki, korozja, dysfunkcja itp.), - koryta rzeki i przestrzeń podmostowa (rozmycia koryta, rozmycia w strefach fundamentów, zanieczyszczenia itp.) Ponadto raz w miesiącu należy kontrolować obiekty z terenu pod obiektem, zabezpieczenia w rejonie dylatacji, wnętrze skrzynek i pylonu, szczelność kolektorów, prawidłowość zamocowania drabin, podestów, oświetlenie technologiczne, oraz inspekcję dźwigu towarowo-osobowego. We wnętrzu skrzynek kontrola obejmować powinna wszystkie elementy systemu odwodnienia jak elastyczne elementy połączeniowe. Przeglądy elementów takich jak: system podwieszenia, podest inspekcyjny, instalacje elektryczne, odgromowe, wentylacji, łożyska, dylatacje, system odwodnienia muszą być wykonywane w sposób opisany w instrukcji i przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach i uprawnieniach. Szczególnym kontrolom prowadzonym przez specjalistyczne firmy musi być poddany system podwieszenia Mostu Rędziańskiego. wraz z łożyskami i dylatacjami (opisane w pkt n i q). Częstotliwość i charakterystyka przeglądów zgodna z instrukcją użytkownika obiektu zakłada następujący zakres i częstotliwość przeglądów kluczowych elementów wyposażenia Mostu Rędziańskiego: Rok 2016 - Wykonanie przeglądu osłon dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów górnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu elementów górnych zakotwień - lewa noga (na zewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie jednorazowego przeglądu 8 szt. palczastych urządzeń dylatacyjnych -1 kpi. - Wykonanie przeglądu 108 szt. łożysk garnkowych -1 kpi. - Opracowanie Raportu z wykonanych robót -1 kpi. Rok 2017 - Wykonanie przeglądu osłon dolnych zakotwień - 40 szt. - Tłumiki drgań cięgien - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów górnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu wewnętrznych elementów górnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu wewnętrznych elementów dolnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu elementów górnych zakotwień - prawa noga (na zewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie jednorazowego przeglądu 8 szt. palczastych urządzeń dylatacyjnych- 1 kpi. - Wykonanie przeglądu 108 szt. łożysk garnkowych -1 kpi. - Opracowanie Raportu z wykonanych robót - 1 kpi. Rok 2018 - Wykonanie przeglądu osłon dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów górnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu elementów górnych zakotwień - lewa noga (na zewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie jednorazowego przeglądu 8 szt. palczastych urządzeń dylatacyjnych -1 kpi.

24

kpi. - Wykonanie przeglądu 108 szt. łożysk garnkowych -1 kpi. - Opracowanie Raportu z wykonanych robót -1 kpi. Rok 2019 - Wykonanie przeglądu osłon dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów górnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu elementów górnych zakotwień - lewa noga (na zewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu dewiatorów cięgien - 40 szt. - Wykonanie jednorazowego przeglądu 8 szt. palczastych urządzeń dylatacyjnych -1 kpi. - Wykonanie przeglądu 108 szt. łożysk garnkowych -1 kpi. - Opracowanie Raportu z wykonanych robót -1 kpi. Rok 2020 - Wykonanie przeglądu osłon dolnych zakotwień - 40 szt. - Tłumiki drgań cięgien - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów górnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu wewnętrznych elementów górnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu wewnętrznych elementów dolnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu elementów górnych zakotwień - lewa noga (na zewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie jednorazowego przeglądu 8 szt. palczastych urządzeń dylatacyjnych -1 kpi. - Wykonanie przeglądu 108 szt. łożysk garnkowych -1 kpi. - Opracowanie Raportu z wykonanych robót -1 kpi. Rok 2021 - Wykonanie przeglądu osłon dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów dolnych zakotwień - 40 szt. - Wykonanie przeglądu zewnętrznych elementów górnych zakotwień (wewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie przeglądu elementów górnych zakotwień - prawa noga (na zewnątrz pylonu) - 40 szt. - Wykonanie jednorazowego przeglądu 8 szt. palczastych urządzeń dylatacyjnych -1 kpi. - Wykonanie przeglądu 108 szt. łożysk garnkowych - 1 kpi. - Opracowanie Raportu z

wykonanych robót -1 kpi. Wykonanie robót związanych z czyszczeniem elementów drogowego obiektu inżynierskiego, zabrudzonych w czasie jego eksploatacji, wykonywanych w ramach zadań z zakresu kompleksowego bieżącego utrzymania obejmuje w szczególności: - mycie obiektu mostowego (w razie potrzeby), - mycie barier stalowych, barieroporęczy (przynajmniej raz w roku- po sezonie zimowym), - mycie desek gzymsowych polimerobetonowych (przynajmniej raz w roku- po sezonie zimowym), - mycie powierzchni elementów osłon przeciwhałasowych, osłon przeciw zwierzętom latającym (przynajmniej raz lub dwa razy w roku: po sezonie zimowym, oraz jesienią- w razie potrzeby), - czyszczenie oznakowania pionowego na obiekcie (przynajmniej raz w roku- po sezonie zimowym), - konserwacje urządzeń dylatacyjnych szczelnych i osłon dylatacji (dwa razy: po akcji zimowej, po posprzątaniu jezdni, przed zimą lub w razie potrzeby), - usunięcie zanieczyszczeń (w razie potrzeby), - czyszczenie wewnątrz skrzynki, w pylonie, galerii na pylonie (raz w roku), - czyszczenie zewnętrznych elementów systemu podwieszenia dolnych rur antywandalistycznych, słupów latarni, iluminacji (raz w roku), - czyszczenie obszaru wokół

25

łożysk, ciosów podłożyskowych (raz w roku), - usuwanie zanieczyszczeń z koszy iluminacji (w razie potrzeby). Prace związane z utrzymaniem drożności elementów odwodnienia powinny być przeprowadzane dwa razy w roku. Dla potwierdzenia Odwołujący informuje, iż same koszty wykonania corocznego przeglądu Mostu Rędzińskiego w sposób opisany w instrukcji i przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach i uprawnieniach (wykonawca systemu Freyssinet Polska Sp. z o.o.) w skali całego kontraktu wynoszą 381 800,00 zł netto co w przeliczeniu na cenę jednostkową za 1 miesiąc daje kwotę 5 302,78 zł netto. Odwołujący przedstawia ofertę na prace określone w punkcie n oraz q opisanych szczegółowo powyżej (oferta załączona do odwołania). Dodatkowo w ramach utrzymania Mostu Rędzińskiego należy wykonać pozostałe prac opisane powyżej i ponieść koszty ich wykonania, to jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę FB Serwis S.A. Zamawiający powinien uznać za niewiarygodne a ofertę cenowa w tym zakresie za rażąco niską. Dziwi więc postępowanie Zamawiającego w tym zakresie, gdyż utrzymanie Mostu realizowane było przez ostatnie 18 miesięcy i Zamawiający doskonale znał koszty zarówno specjalistycznych usług przeglądu, jak i innych czynności. Powyższy zakres robót wskazuje jednoznacznie, iż zaproponowana przez Wykonawcę FB Serwis S.A. cena jest rażąco niska w stosunku do kosztów wykonania ww. zakresu prac. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu istnieją uzasadnione podejrzenia, że cena zaoferowana przez wybranego Wykonawcę FB Serwis S.A. jest ceną rażąco niską. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga także fakt, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w siwz. Niedopuszczalnym jest więc, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie Prawo zamówień publicznych służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji narażenie ostatecznych odbiorów usługi na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości. VI Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji zasadności utajnienia ofert przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Dowodem braku takiego działania jest chociażby to, iż utajnione zostały nawet uzasadnienia dlaczego części ofert pozostałych wykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem takie uzasadnienie - wymagane na podstawie art. 8 ust 2 ustawy PZP już w ofercie - nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż samo w sobie nie stanowi żadnego know-

26

how i nie przedstawia samodzielnej wartości gospodarczej. Działania Zamawiającego uniemożliwiają nawet Odwołującemu sprawdzenie czy takie wyjaśnienia pozostali wykonawcy złożyli. Brak dostępu do tych dokumentów uniemożliwia merytoryczną kontrolę zasadności utajnienia części ofert przez wykonawców. Odwołujący podnosi, iż utajnienie części podlegającej ocenie w ramach kryterium pozacenowego miało jedynie na celu

uniemożliwienie innym wykonawcą po pierwsze zbadanie czy przedstawione koncepcje są zgodne z treścią siwz, a po drugie weryfikację prawidłowości ocen tych koncepcji dokonaną przez Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący nawet nie ma możliwości poznać jakie dokumenty zostały utajnione, gdyż brak jest jawnego załącznika który by je wymieniał. Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy pzp - załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ww. ustawie (art. 8 ust. 4 ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z legalnej definicji pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" zawartej w art. 11 ust. 4 znku wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnośnie warunku drugiego (tekst jedn.: nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca

27

(potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odnośnie warunku trzeciego (tekst jedn.: podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W ocenie Odwołującego dokonane przez pozostałych wykonawców zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne i nieskuteczne. Wykonawcy uchybiając przepisom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy pzp, nie wykazali w toku postępowania, że spełnił się którakolwiek z ww. warunków, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawcy w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazali, w szczególności, że: 1) podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności ww. informacji oraz, że informacje są objęte taką ochroną; 2) zastrzeżone informacje mają dla nich wartość gospodarczą, w tym m.in. w rozumieniu majątkowym, 3) zastrzeżone informacje mają indywidualny i niepowtarzalny charakter. Odwołujący podnosi, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie mają indywidualnego i niepowtarzalnego charakteru i nie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zapisy siwz dotyczące sposobu przygotowania oferty nie pozwalają sądzić, iż zastrzeżone dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji przedmiotowego zamówienia. Brak jest bowiem przesłanek, aby przyjąć, iż zawarte w ofertach rozwiązania zostały opracowane specjalnie dla Zamawiającego i odpowiadają wyłącznie jego potrzebom: a) rozwiązania zastosowane przez wykonawców nie są rozwiązaniami powszechnie stosowanymi wśród wykonawców z tej branży; b) informacje zawarte w tych dokumentach nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie

uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ww. ustawy. Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego są uzasadnienia utajnienia treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego. Zawierają one jedynie mechaniczne przeklejenie orzecznictwa co do charakteru udzielanych wyjaśnień i nie poparte żadnymi dowodami oświadczenia wykonawców iż zawarte w nich dane stanowią ich know-how, zapewniają przewagę konkurencyjną, są wypracowane jedynie na potrzeby realizacji zamówienie, itp. Jeśli w podobnym duchu uzasadniono utajnienie części ofert, to uzasadniony jest pogląd iż uczyniono to tylko w celu ograniczenia praw

28

innych wykonawców do weryfikacji prawidłowości złożonych ofert. Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy pzp, najpóźniej w terminie składania ofert wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny zastrzeżenia na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą. „Zamawiający podejmując działania w zakresie oceny trafności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów powinien dokonywać tej oceny w sposób realny, jego działania podlegają bowiem ocenie przez pryzmat oceny materialnej trafności podjętych decyzji (...)”. (KIO 2240/14) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny zastrzeżenia złożonego przez Wykonawców. Odwołujący wskazuje również, że jego stanowisko jest zgodne z wyrokami KIO odnośnie charakteru informacji składających się na wykaz wykonanych zamówień np. KIO 59/12), KIO 100/12) - „Odnosząc się do takiego kilkudzaniowego uzasadnienia utajnienia ponad 300 stron oferty Izba stwierdza, że nie zawierają one jakiegokolwiek rzeczywistego uzasadnienia w czym ma się przejawiać wyjątkowość tej oferty. Uzasadnienie zastrzeżenia oparto na ogólnych sformułowaniach którymi cechuje się każda oferta - tj. posiada samodzielnie opracowane rozwiązania przygotowane specjalnie dla danego postępowania. Zastrzeżeniu oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa może podlegać tylko niezbędny jej fragment czy nawet określony zapis, chyba, że ujawnienie tej części informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale ten fakt to wykonawca, winien wykazać Zamawiającemu. Dlatego też ocenie Zamawiającego winien podlegać każdy zastrzeżony dokument oferty, każda jego strona. Izba po analizie zastrzeżonej części oferty nie stwierdziła, że dane tam zawarte mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa jakiegokolwiek wykonawcy, gdyż są dane w większości znane ogółowi społeczeństwa, a w szczególności podmiotowym trudniącym się wykonywaniu czynności jak niniejsze zamówienie. Większość z nich jest powszechnie dostępna na stronach internetowych, czy to zamawiających, czy to instytucji opracowujących różnego rodzaju instrukcje stanowiskowe. Przystępujący podnosił, że zastrzeżone dokumenty zostały opracowane na potrzeby tego postępowania i w związku z tym mają szczególną wartość. Jednakże zdaniem Izby ochronie w myśli art. 11 ust. 4 znku podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w interesy przedsiębiorcy przekraczające możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu./podobnie KIO 1472/11/. Biorąc pod uwagę fakt, że zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko temu wykonawcy, a mają raczej na

29

celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencyjnego wykonawcy.” Także wyrok KIO 322/11: Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz (...) oraz (...) nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Przystępujący nie wskazał w tej mierze indywidualnych uwarunkowań godnych ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego.

Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji." A także wyrok KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11: „Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazwy podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności. W ramach wyjaśnień wykonawcy powinni szczegółowo uzasadnić podstawę do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa." Odnośnie ciężaru dowodu w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2079/10, Krakowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że "Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji." Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Odnosząc się do treści zarzutów, podniósł, co następuje.

30

Ad. Zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
Oraz zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie oceny oferty w sposób niezgodny z postanowieniami siwz; przyznanie ofercie wybranej i ofercie odwołującego nieprawidłowej liczby punktów, wybór oferty sprzecznie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz;
oraz zarzut nr 7 naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
Zamawiający podtrzymuje prawidłowość dokonanej oceny oferty wybranego wykonawcy i oferty odwołującego jako przeprowadzonej zgodnie z zasadami siwz i z poszanowaniem prawa.
Zamawiający stwierdził, że zarówno etap przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania realizowane były zgodnie z art. 7 ustawy pzp. Ocena została dokonana starannie w sposób jednakowy dla każdej oferty, a przede wszystkim zgodnie z zapisami siwz Tom I IDW pkt 14.1.2 Kryterium „Jakość” /.../

Zamawiając stwierdza, że wybierając najkorzystniejszą ofertę kierował się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w siwz. W stosunku do kryterium „Jakość” zamawiający opisał kryterium wskazując m.in. podkryteria jakim będzie się kierował dokonując oceny oferty i złożonej z nią „Koncepcji działań” oraz przypisał im odpowiednią wagę punktową. Dodatkowo dokonał opisu sposobu oceny ofert w ramach każdego z podkryteriów. Istotą idei żądania Koncepcji i jej oceny w ramach kryterium oceny oferty jest to, iż rolą wykonawcy jest wskazanie tych elementów w Koncepcji, zadaniem zaś zamawiającego dogonienie ich oceny, porównanie, a następnie przyznanie punktów wraz w wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie mógł z góry określić jakie metody, środki, sprzęt itd. będą najlepsze dla realizacji zamówienia bowiem nie znał jeszcze propozycji wykonawców. Propozycje działań zmierzających do realizacji standardów utrzymania drogi składali wykonawcy, a najkorzystniejsza oferta w kryterium „Jakość” zdefiniowana była dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie przesłanek określonych w siwz – opisie kryterium. Zamawiający zamierzał wybrać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie i zapewniającą profesjonalizm wykonawcy tj. taką, której przewidziane działania najskuteczniej gwarantują

realizację opisanych standardów utrzymania drogi. Działania wykonawcy w trakcie wykonania zamówienia są kluczowe dla realizacji opisanych standardów utrzymania drogi. Istotna była i jest realna ocena całokształtu działań wykonawcy przewidzianych w złożonej koncepcji.

31

Zamawiający wyjaśnił, że ocenił Program działań i przyznawał punkty zgodnie z zasadami pkt 14.1.2 i 14.1.3 siwz. Wskazał, że osoby dokonujące oceny programów są zaangażowane w utrzymanie dróg w systemie Utrzymaj Standard, w związku z tym są dobrze przygotowane merytorycznie i kompetentne do przeprowadzenia oceny.

Wskazał na punktację przyznaną przez 5 osób dla ofert odwołującego i wybranego w zakresie: 1/ program działań nr 1 „Działania wykonawcy w zakresie wdrożenia utrzymania standardu drogi;

2/ Program działań nr 2 „Sposób prowadzenia monitoringu”;

3/ Program działań nr 3 „Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi”.

Zauważył, że co do zasady kryteria niearytmetyczne mogą prowadzić do różnic w ocenie wykonawców. W nin. postępowaniu ocena kryterium jakości jest indywidualną i subiektywną oceną każdego członka komisji przetargowej. Analiza działań wykonawców jest dokonywana przez pryzmat doświadczeń osoby dokonującej oceny, przez jej odwołanie się do faktycznych zdarzeń z przeszłości i ich skutków.. Zamawiający stwierdził, że członkowie komisji działali zgodnie z zapisami siwz, a ich oceny są naturalną konsekwencją niewymierności kryterium „Jakość”. Ponowna analiza zamawiającego prowadzi go do wniosku, że przedstawiona przez odwołującego Koncepcja nie może być uznana za najlepszą pod względem skuteczności działań wykonawcy dla standardu utrzymania drogi w okresie trwania umowy.

Program działań nr 1.

Zamawiający nie podziela opinii odwołującego, że członkowie komisji uznając dany opis proponowanych przez odwołującego działań za „lakoniczny”, „ogólnikowy” powinni byli wskazać, jakich elementów, informacji – ich zdaniem - w opisie działań odwołującego braku, by możliwa była ocena w ramach danego podkryterium.

Zamawiający zauważa, że członkowie komisji odnosili się bezpośrednio do wymagań zawartych m. in. w pkt 14. 1.2 IDW. /.../, a wymagania co do zawartości koncepcji zostały w

sposób wyczerpujący opisane w siwz. Ponadto członkowie komisji w uzasadnieniu przyznanej oceny nie mogą wskazywać na konkretne działania jak i środki, jakie wykonawca powinien zastosować na etapie wykonania zamówienia w celu realizacji standardów utrzymania drogi. Wykonawca miał swobodę w doborze działań, metod i środków użytych do realizacji zdefiniowanych w OPZ standardów utrzymania drogi. Członkowie komisji oceniający oferty dokonują oceny przedstawionych działań przewidywanych w celu realizacji standardów utrzymania drogi. Tym samym uzasadnienie pisemne przyznanych ocen zamawiający uznaje za kompletne.

32

Zamawiający stwierdza, że usilne, sztuczne ujednoczenie oceny w ramach każdego z podkryterium, do którego zmierza odwołujący jest naruszeniem zasady bezstronności i obiektywizmu osób odpowiedzialnych za przeprowadzenie postępowania.

Zauważa także, że sam fakt uwzględnienia w opisie obligatoryjnych informacji wskazany we zwrzeczce Koncepcji działań nie jest równoznaczny z tym, że informacje Koncepcji dają możliwość oceny, czy działania zadeklarowane przez wykonawcę gwarantują realizację standardu utrzymania drogi i czy jednoznacznie zobowiązują wykonawcę do realizacji zaproponowanych działań. Zamawiający zwraca uwagę na zapisy pkt 14.1.2. IDW, które określają, iż oceny dokonuje się „pod względem” skuteczności /.../ działań”, a więc uznanie opisu działań za lakoniczny i ogólnikowy nie może odbywać się wyłącznie w sytuacji, kiedy „nie jest możliwe ustalenie zakresu przyszłego zobowiązania wykonawcy” ale również gdy członkowie komisji uznają, iż na podstawie przedstawionych w Koncepcji zapisów nie można określić, czy zadeklarowane działania przyniosą gwarancję utrzymania standardu.

Program działań nr 2.

Wobec zarzutów dotyczących nieprawidłowego przyznawania ocen w ramach programu działań nr 2 zamawiający wskazał na argumentację wcześniejszą co do różnic w ocenach

koncepcji przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Odwołujący zauważył, że różnice w interpretacji zadeklarowanych przez odwołującego działań wynikają z nieprecyzyjnych zapisów Koncepcji, które mogły doprowadzić do wyciągnięcia wniosków niezgodnych z intencją odwołującego. Ewentualne różnice nie wpłynęły jednak na ostateczną ocenę programu działań. Dokonaną ocenę zamawiający uznał za prawidłową. Wskazanie przez członków komisji w uzasadnieniu oceny na konkretne ilości brygad, sprzętu itp. lub krotności wykonywanych czynności nie oznacza, iż wyłącznie na ich podstawie dokonano oceny. Zdaniem zamawiającego obowiązkiem członków komisji było ocenienie, czy przy zadeklarowanych w Koncepcji ilościach i krotnościach możliwe jest zapewnienie utrzymania standardu, natomiast na ilość przyznanych punktów wpływa miała całościowa ocena skuteczności zadeklarowanych działań. W związku z tym nie podziela argumentacji odwołującego.

Program działań nr 3.

Negując argumentację odwołującego zamawiający wskazał, iż zgodnie z cytowaną w odwołaniu odpowiedzią na pytanie nr 49 „Istota indywidualnej oceny przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej ma z założenia charakter oceny subiektywnej, co nie oznacza jednak oceny dowolnej.” Każdy z członków komisji dokonuje oceny na podstawie doświadczeń osoby dokonującej oceny, przez jej odwołanie się do faktycznych zdarzeń z przeszłości i ich skutków.

33

Zamawiający stwierdza, że nie można odmówić członkom komisji prawa do różnicowania ocen w ramach dozwolonych zapisami siwz, gdyż przyjęte kryteria oceny nie przewidują „mierzalności” rozwiązań zadeklarowanych przez wykonawców. Założenia kryterium oceny Koncepcji nie przewidują również konieczności stosowania szablonu w postaci, jak to określa odwołujący, „metodyki”.

Jednocześnie, zdaniem zamawiającego, kryteria oceny Koncepcji zapisane w siwz nie dają możliwości „swobody w wyborze najefektywniejszej z zaproponowanych koncepcji”, co umożliwia późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert, a dokonana ocena koncepcji w żadnym wypadku nie opierała się na dowolnej interpretacji siwz. Zamawiający kwestionował twierdzenia o tym, że ocena była mierzalna, w tym na podstawie analizy ilości zadeklarowanych jednostek sprzętowych lub potencjału ludzkiego. Zamawiający nie zgadza się również z tym, że wymogiem siwz było jedynie zagwarantowanie „efektywności wystarczającej do zapewnienia zakładanych celów, tj. zapewnienia odpowiedniego standardu utrzymania drogi”, albowiem zamawiający zobligowany jest do wskazania Koncepcji „najlepszej pod względem skuteczności zaproponowanych działań wykonawcy dla standardu utrzymania drogi w okresie trwania umowy”, a nie jedynie „wystarczającej”. Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp polegający na przyznaniu ofercie odwołującego w ramach kryterium „Jakość” mniejszej liczby punktów niż wynika to z kryteriów opisanych w siwz zamawiający uznaje za bezpodstawny.

Ad. Zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 96 ustawy pzp poprzez prowadzenie protokołu postępowania w sposób uniemożliwiający weryfikację pełnej zgodności postępowania zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów określonych w siwz., w tym bezpodstawne utajnienie załączników do protokołu, zawierających ocenę złożonych ofert w ramach drugiego kryterium oraz zarzutu nr 8 dotyczącego naruszenia art. 96 ustawy pzp przez bezprawną odmowę udostępnienia protokołu postępowania z załącznikami oraz udostępnienie kart oceny pozostałych ofert z zaczernionymi uzasadnieniami przyznanych punktów.

Zamawiający stwierdził, że prowadził protokół zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wskazał, że ocena Metodyki była dokonywana na posiedzeniach komisji, w czasie których każdy z członków komisji indywidualnie zapoznawał się z Koncepcjami, a następnie indywidualnie je oceniał.

Dla usprawnienia pracy członków komisji opracowano dwa szablony pomocnicze arkuszy indywidualnej oceny Koncepcji. Wybór szablonu i jego ostateczna wersja, jak i zakres informacji wpisywanych przez poszczególnych członków komisji pozostawał w ich gestii. Z przepisów ani siwz nie wynika, jakie informacje powinny być podane w ww. arkuszu i jaka

34

ma być ich szczegółowość. Następnie na podstawie arkuszy sporządzano zbiorcze zestawienia ocen w kryterium jakości oraz ceny. Streszczenie procesu badania ofert oraz wynik badania wpisywano w protokole postępowania i załącznikach.

Po wyborze najkorzystniejszej oferty na wniosek wykonawców zamawiający udostępnił protokół z załącznikami.

Ponieważ arkusze indywidualnej oceny Koncepcji zawierały informacje, które zawarte były w poszczególnych koncepcjach, a wszyscy wykonawcy zastrzeżli Koncepcje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający przekazując arkusze wykonawcom utajnił je w części, która mogłaby doprowadzić do ujawnienia informacji zawartych w poszczególnych koncepcjach. Zamawiający przekazywał danemu wykonawcy arkusz indywidualnej oceny jego Koncepcji w pełnej treści.

Ad zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez czterech konkurencyjnych wykonawców części oferty wraz ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami.

Zamawiający stwierdził po analizie dokumentów i uzasadnień, że Koncepcje wykonania usługi zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Koncepcje to autorski wytwór przedsiębiorstw, który zasługuje na szczególną ochronę, o ile taka wola została jasno wyrażona w pisemnej wypowiedzi wykonawcy. W każdym wypadku takie zastrzeżenia zostały dokonane wraz ofertami tj. nie później niż do upływu terminu składania ofert.

Zamawiający wyjaśnił, że przykładowo Koncepcja przedstawiająca najlepszy program pozwalający na najbardziej efektywny z punktu widzenia zamawiającego monitoring poszczególnych zagrożeń na drodze otrzymała najwyższą liczbę punktów. Kolejna oferta otrzymała w tym zakresie odpowiednio niższą punktację.

Zamawiający aby udostępnić szczegółowe uzasadnienie oceny punktowej byłby zmuszony ujawnić konkretne zapisy Koncepcji co naruszałoby skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w wyniku przeanalizowania wszystkich Koncepcji wg swej najlepszej wiedzy popartej doświadczeniem, dokonał ich uszeregowania pod względem wartości merytorycznej, co przybrało formę gradacji punktowej podanej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanej dnia 31 sierpnia 2015 r. Zamawiający podał punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oraz punktację łączną i punktację za poszczególne Programy w Danej Koncepcji. Z uwagi na poszanowanie tajemnicy nie mógł udostępnić szczegółowego uzasadnienia punktacji.

35

Zamawiający podkreśla, że wszyscy wykonawcy, w tym odwołujący zastrzeżli jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożoną w ofercie Koncepcję oraz wyjaśnienia złożone w trakcie postępowania w odpowiedzi na wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 87 ust. 1 ustawy pzp.

Ad zarzuty nr 4 dot. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FB Serwis S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, a także zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania ww wykonawcy do udzielenia wyjaśnień zamawiający stwierdził, że przeprowadził procedurę wyjaśnienia wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę FB Serwis. Otrzymał szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami i uznał, że cena nie jest rażąco niska. Zauważył że odwołujący jedynie w odniesieniu do dwóch cen jednostkowych podniósł zarzuty. Jednocześnie brak jest dowodu na twierdzenie, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO 1977/15

Odwołujący: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu, polegających na:

- Wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.,
- Dokonaniu przez Zamawiającego nieprawidłowej, niezgodnej z określonymi w SIWZ

kryteriami, oceny oferty złożonej przez Odwołującego, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu niewłaściwej ilości punktów w poszczególnych podkryteriach, składających się na kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty określone w SIWZ jako „jakość”, a w konsekwencji zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

- Zaniechaniu przedstawienia przez Zamawiającego szczegółowego uzasadnienia sposobu przyznania Odwołującemu punktów w kryterium „jakość”, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze otrzymanego dnia 31 sierpnia 2015 r.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 1 Pzp, art. 9 ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 Pzp, jak również art. 7 Pzp, poprzez sporządzenie przez członków komisji przetargowej uzasadnienia oceny ofert w sposób uniemożliwiający identyfikację podstaw i przyczyn przyznanych ocen, w szczególności poprzez brak opisu umożliwiającego odtworzenie powodów, dla których dany członek komisji przetargowej przyznawał ofercie daną ocenę, co jednocześnie stanowi naruszenie prawa

36

Odwołującego do kwestionowania decyzji zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

- przepisu art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób niezgodny z zasadami określonymi w STWZ, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowej i pozbawionej obiektywizmu oceny oferty Odwołującego według kryterium oceny „jakość”;

- art. 7 Pzp, tj. naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która za ofertę najkorzystniejszą nie powinna zostać uznana.

W oparciu o przedstawione zarzuty wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.;

- dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, tym dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium „jakość” w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, oraz sporządzenia protokołu postępowania w sposób umożliwiający weryfikację zgodności postępowania Zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów określonymi w SIWZ.

Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego, w szczególności jest ofertą z najniższą ceną ofertową, która jednocześnie odpowiada jakościowo wymogom i potrzebom Zamawiającego.

Jak wynika z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w oparciu o art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz, którymi były cena (waga: 60%) i jakość

(waga: 40%) za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Oferta ta uzyskała najwyższą łączną liczbę punktów, tj. 87,60 pkt., w tym 47,60 pkt. w kryterium „cena” i 40 pkt. w kryterium „jakość”.

Na kolejnych pozycjach Zamawiający sklasyfikował oferty:

1) ROTOMAT sp. z o.o., łączna liczba punktów: 86,14 pkt., w tym 51,14 pkt. w kryterium „cena” i 35 pkt. w kryterium „jakość”;

2) Konsorcjum BUDIA Standard sp. z o.o. (lider) i B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B., łączna liczba punktów: 83,47 pkt., w tym 44,90 pkt. w kryterium „cena” i 38,57 pkt. w kryterium „jakość”;

37

3) FBSerwis S.A., łączna liczba punktów: 80 pkt., w tym 60 pkt. w kryterium „cena” i 20 pkt. w kryterium „jakość”;

4) Konsorcjum SAFERO AD GRAWIL sp. z o.o. i SAFERO AD KABEX sp. z o.o., łączna liczba punktów: 52,05 pkt., w tym 44,20 pkt. w kryterium „cena” i 7,85 pkt. w kryterium „jakość”.

Oferta Odwołującego uplasowała się więc na czwartej pozycji, otrzymując łączną liczbę 80

pkt., w tym 60 pkt. w kryterium „cena” i 20 pkt w kryterium „jakość”.

Zasady oceny ofert w ramach kryterium „Jakość” Zamawiający określił w pkt. 14.1.2. SIWZ.

Punkty w ramach tego kryterium miały zostać przyznane w skali do 40 pkt., na podstawie przedstawionego przez wykonawców wraz z ofertą opracowania „Koncepcja działań”, zgodnego z formularzem 2.2. do SIWZ.

Poza wyjątkami wskazanymi w SIWZ, Zamawiający nie określił co do zasady precyzyjnego sposobu wykonywania usługi utrzymania drogi przez wykonawcę. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) wskazał m. in. elementy drogi, które wykonawca zobowiązany jest utrzymywać, oraz w załączniku nr 3 do OPZ określił standardy utrzymania poszczególnych elementów drogi. Zamierzony sposób wykonywania usługi w celu osiągnięcia standardów utrzymania drogi wybrany wykonawca ma przedstawić po zawarciu umowy w „Programie Zapewnienia Jakość” (PZJ), który wymaga akceptacji Zamawiającego. Niemniej jednak na etapie złożenia oferty każdy wykonawca zobowiązał się do podjęcia wszelkich działań, które są niezbędne dla wdrożenia i utrzymania określonego w SIWZ standardu dla utrzymania drogi, a także w przypadku prowadzenia prac utrzymaniowych zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą przez 24 godz/7dobę. Wykonawcy byli zobowiązani złożyć w tym zakresie stosowne oświadczenie, stanowiące formularz 2.3. do SIWZ. Oprócz ww. oświadczenia każdy wykonawca był zobowiązany do złożenia „Koncepcji działań”, która miała stanowić przedmiot badania i oceny przez Zamawiającego. „Koncepcja działań” to przygotowane przez wykonawcę opracowanie dotyczące utrzymania drogi będącej przedmiotem 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 godz./dobę.

Na „Koncepcję działań” składają się „Programy działań”. Poszczególne programy działań odnoszą się odpowiednio do wskazanych w SIWZ trzech podkryteriów, jakie Zamawiający przyjął przy ocenie ofert w ramach „Koncepcji działań”.

38

Deklarowane w „Koncepcji” działania, które były brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert, mają charakter wiążący wykonawcę i ich realizacja będzie przez Zamawiającego wymagana i egzekwowana na etapie realizacji zamówienia. Składany do akceptacji Zamawiającego PZJ musi być zgodny z „Koncepcją działań” przygotowaną przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim informacje w „Koncepcji” zostaną uwzględnione przez Zamawiającego przy ocenie oferty Wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert.

Jak zostało to już wspomniane, zgodnie z pkt. 14.1.2. SIWZ, „Koncepcja działań” miała stanowić integralną część oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu. Informacje tam zawarte, aby były brane pod uwagę przy ocenie oferty w ramach poszczególnych podkryteriów kryterium oceny ofert, powinny odpowiednio:

a) zawierać trzy programy działań:

- program działań nr 1 - „Działania wykonawcy w zakresie wdrożenia i utrzymania standardu drogi”,

- program działań nr 2 - „Sposób prowadzenia monitoringu”,

- program działań nr 3 - „Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi”;

b) poszczególne programy działań powinny zawierać co najmniej informacje w zakresie wskazanym we wzorze „Koncepcji”, stanowiącym formularz 2.2. do SIWZ;

c) zostać opracowane z uwzględnieniem nałożonych na wykonawcę w dokumentacji przetargowej obowiązków oraz z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą;

d) mieć charakter konkretny (nie ogólnikowy) oraz jednoznacznie zobowiązujący wykonawcę do realizacji zaproponowanych działań w danych okolicznościach faktycznych.

Koncepcja działań miała być oceniana indywidualnie przez każdego z Członków Komisji Przetargowej, według opisów ocen zgodnie z określoną punktacją. Dla każdego z

ocenianych Programów nr 1, 2 i 3 miała być wyciągana średnia z ocen.

Następnie, z osiągniętych w każdym z programów średnich ocen, Zamawiający miał wyliczyć sumę średnich ocen. Ostateczna ocena uzyskana przez daną ofertę w kryterium „jakość”

miała zostać obliczona wg podanego w SIWZ wzoru.

Koncepcja działań przedstawiona przez Odwołującego spełnia powyżej przywołane wymagania SIWZ, jak również jest Koncepcją, która gwarantuje Zamawiającemu osiągnięcie zamierzonych efektów w sposób najbardziej optymalny.

Przed przystąpieniem do przedstawienia szerszego uzasadnienia podnoszonych w niniejszym odwołaniu zarzutów, wskazać należy, że dokument załączony do oferty Odwołującego będący podstawą do oceny oferty Odwołującego w kryterium „Jakość” -

39

Koncepcja działań - objęty został przez Odwołującego, na zasadzie art. 8 ust. 3 Pzp, zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie to zostało uznane przez Zamawiającego jako skuteczne, a w ślad za tym wyłącznie Odwołujący miał wgląd w kartę oceny swojej oferty dokonanej przez członków komisji Zamawiającego. Z tych względów, dalsza argumentacja odwołania w zakresie, w jakim odnosi się do okoliczności nieznanymi pozostałym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne i mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, niniejszym została objęta przez Odwołującego zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W celu łatwiejszego zidentyfikowania treści odwołania objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, treść ta została przeniesiona do załącznika nr 1 do odwołania.

Mając na uwadze powyższe oraz argumentację przedstawioną w załączniku nr 1 do odwołania, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Podkreślił, że członkowie komisji uzasadniając przyznane oceny odnosili się bezpośrednio do wymagań zawartych m.in. w pkt 14.1.2 Instrukcji dla Wykonawców, która szczegółowo określiła wymagania co do zawartości Koncepcji. Wskazał na kompetencje i bezstronność członków komisji w ocenach i przyznawaniu punktów w każdym podkryterium. Stwierdził, że ocena dokonywana przez każdego z członków z natury rzeczy miała charakter subiektywny, natomiast opis kryterium jasno określał przedmiot oceny. Wskazał na możliwość powstania niewielkich różnic w oceni, co jest naturalny przy kryteriach niearytmetycznych.

Powyższe odniósł zarówno do wyników oceny w Programie 1, Programie 2 i Programie 3.

Wskazał, że różnice w interpretacji zadeklarowanych przez odwołującego działań przez poszczególnych członków komisji wynikają z nieprecyzyjnych zapisów koncepcji, które mogły doprowadzić do wyciągnięcia wniosków niezgodnych z intencją odwołującego. Natomiast

ewentualne nieścisłości nie wpłynęły na ostateczną ocenę programu działań. Komisja oceniała nie tylko zadeklarowane w koncepcji ilości brygad, sprzętu itp. oraz liczby wykonywanych czynności lecz przewidywany efekt tj. zapewnienie utrzymania standardu utrzymania drogi. Stąd też na ilość przyznanych punktów wpływ miała całościowa ocena skuteczności zadeklarowanych działań.

Sygn. akt KIO 1980/15

40

Odwołujący: Konsorcjum firm Budia Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider) w Oleśnicy i T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „B.” Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. (uczestnik Konsorcjum), Dalachów 354, 46 — 325 Rudniki wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej kalkulacji punktów w ramach kryterium jakości w stosunku do oferty Odwołującego w zakresie Programu nr 1 i 2 Koncepcji, co doprowadziło do sklasyfikowania oferty Odwołującego na trzeciej pozycji oraz do wyboru oferty, która w istocie nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art 14 ustawy Pzp oraz art 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej wykładni treści Programu nr 1 i 2 Koncepcji działań przedstawionej przez Odwołującego, co doprowadziło do przyznania niewłaściwej ilości punktów Odwołującemu, a jednocześnie poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w przypadku powzięcia wątpliwości Zamawiającego co do treści Koncepcji działań;

3) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie pełnego zawiadomienia wykonawców uczestniczących o ilości punktów w ramach kryterium jakości przyznanych Odwołującemu w piśmie stanowiącym korektę zawiadomienia o czynności wyboru najkorzystniejszej, tj. zaniechanie wskazania informacji wymienionych w pkt 14.5 Tomu I IDW, co uniemożliwia wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu dokonania weryfikacji czynności Zamawiającego.

W związku z zarzutami wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności korekty pisarskiej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 3) ponowne przeprowadzenie czynności oceny ofert,
- 4) przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium jakości dla Programu 1 i Programu 2 Koncepcji,
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności Zamawiającego, które doprowadziły do nieprawidłowej kalkulacji punktów w ramach kryterium jakości w zakresie Programu 1 oraz Programu 2 Koncepcji działań, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Gdyby nie zaniechania oraz działania Zamawiającego, uzyskałby on przedmiotowe zamówienie, ponieważ warunki zawarte w jego ofercie były korzystniejsze niż obecna oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Jak można odczytać z zestawienia ofert, w ramach kryterium ceny

41

otrzymał co prawda jedynie 44,9 punktów, jednakże ilość punktów przyznanych w ramach oceny Koncepcji jest druga co do wysokości. Gdyby jednak Zamawiający dokonał oceny Koncepcji pod względem spełniania kryterium jakości zgodnie z przyjętymi ustaleniami, Odwołujący otrzymałby z pewnością 175 punktów, co jednocześnie prowadziłoby do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

Zgodnie z treścią rozdziału 9 Tomu I ID W, Zamawiający wymagał przygotowania w ramach oferty formularza oferty wraz z załącznikami, formularza cenowego oraz koncepcji działań. W postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert w rozdziale 14 Tomu I IDW Zamawiający ustalił, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie stosował dwa kryteria: 60% ceny oraz 40% jakości, przy czym w ramach kryterium jakości będzie oceniana proponowana przez wykonawcę koncepcja działań.

Zgodnie z rozdziałem 14.1.2 w pkt I Tomu I IDW Zamawiający ustalił zasady sposobu dokonywania oceny ofert w ramach kryteriów ofert, wskazując na elementy koncepcji, które będą poddawane ocenie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że Koncepcja działań oceniana jest indywidualnie przez każdego z Członków Komisji Przetargowej, według powyższych opisów ocen zgodnie z określoną punktacją. Dla każdego z ocenianych Programów nr 1, 2 i 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 jakości zostanie obliczona wg poniższego wzoru: $KD = KDJKD_{„x40\%}$ gdzie:

KD0 - punktacja przyznana dla ocenianej Koncepcji działań (średnia z punktacji przyznanej dla ocenianej Koncepcji działań przez wszystkich Członków Komisji)

KDn - najwyższa punktacja ze wszystkich ocenianych Koncepcji (średnia z najwyższej punktacji ze wszystkich ocenianych Koncepcji przez wszystkich Członków Komisji) Ponadto, zgodnie z modyfikacją Tomu I IDW z dnia 19 czerwca 2015r. w pkt 14.5. ustalono,

iż po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zawiadamia wykonawców uczestniczących w postępowaniu m.in. o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert (liczba punktów w kryterium „cena”, łącznej liczbie punktów w kryterium „jakość”, w tym liczbę punktów dla poszczególnych programów działań) i łącznej punktacji.

Dnia 31 sierpnia 2015 r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z zawiadomienia wynikało, iż Odwołujący w ostatecznej punktacji ofert otrzymał 83,47 punktów, z czego 44,90 w ramach kryterium ceny, zaś 38,57 w ramach kryterium jakości. W informacji dołączonej do zawiadomienia, Zamawiający wskazał również na punktację poszczególnych programów koncepcji. Odwołujący w ramach Programu 1 zdobył 50 punktów, Programu 2 — 35 punktów, a Programu 3 — 50 punktów, co dawało średnią ocen

42

w wysokości 27 i plasowało Odwołującego na drugiej pozycji w rankingu punktacji przyznanej w ramach kryterium jakości.

Ostateczna punktacja w kryterium ceny i jakości, umieszczala Odwołującego na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Jednakże w dniu 9 września 2015 r., Zamawiający powiadomił o dokonaniu czynności korekty zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując, iż przy przyznawaniu punktacji Odwołującemu doszło do pomyłki. Na skutek jej poprawienia, Odwołującemu przyznano 40 punktów w kryterium jakości, co ostatecznie dawało wynik 84,90 punktów, a zatem nie zmieniało pozycji Odwołującego w rankingu ofert.

Odwołujący nie zgadza się z czynnościami Zamawiającego.

1) Po pierwsze, odnosząc się do samej czynności „korekty zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty”, Odwołujący wskazuje na jej poważne braki.

Zamawiający w informacji z dnia 9 września 2015r. nie powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu, ani o charakterze popełnionej przez siebie omyłki, ani o ilości ostatecznie przyznanych punktów Odwołującemu w ramach kryterium jakości, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie rozdziału 14.5. Tomu I ID W oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co uniemożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego.

Wykonawcy pozostają zatem w zupełnej nieświadomości co do sposobu dokonania oceny oferty Odwołującego, zaś sam Odwołujący jedynie domyśla się, czego dotyczy poprawienie wskazanej omyłki.

Ponieważ jednak w ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert oraz przyznawania punktów wykonawcom były błędne i implikują konieczność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, koniecznym będzie również unieważnienie korekty czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 września 2015r. 2) Przechodząc do dalszych zarzutów, Odwołujący chciałby wskazać,

że nie zgadza się

z przyznaną mu przez Zamawiającego ilością punktów w ramach kryterium jakości w zakresie Programu 1 i 2.

Odnosząc się do Programu 1, Odwołujący chciałby zwrócić uwagę na postanowienia rozdziału 14.1.2. pkt I Tomu I IDW, zgodnie z którymi Zamawiający dokonując jego oceny pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań dla realizacji utrzymania standardu drogi będzie brał pod uwagę:

- ryzyka braku dotrzymania standardów utrzymania drogi wynikające ze złożonej przez wykonawcę Koncepcji, popręg porównani* działań zadeklarowanych w Koncepcji, a działań koniecznych dla realizacji standardu utrzymania drogi. W tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla

43

zagwarantowania osiągnięcia standardów utrzymania drogi oraz czy wskazane przez wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standardy utrzymania drogi,

- czy struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewnią osiągnięcie standardu utrzymania drogi, w szczególności czy zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnego, w tym w sytuacji nieobecności Kierownika Utrzymania,

- czy wskazane przez Wykonawcę działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą,

- czy sprzęt, jego właściwości (parametry) oraz sposób prowadzenia prac pozwalają na zwiększenie tempa wykonywanych prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych są krótsze oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz zmniejszenia straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą.

Zamawiający przewidywał, iż najkorzystniejsza koncepcja Programu 1, spełniająca wszystkie wymagania otrzyma 15 punktów, zaś koncepcje działań powodujące konieczność poniesienia większego ryzyka przez Zamawiającego miały otrzymać 10 punktów, bądź 5, czy nawet 0.

Za zaproponowaną koncepcję Programu 1, Odwołujący otrzymał od każdego z Członków Komisji Przetargowej po 10 punktów, co ostatecznie dawało sumę 50 punktów.

Odwołujący nie może się zgodzić z decyzją Komisji Przetargowej, a tym samym

Zamawiającego. W jego ocenie, przedstawiony przez niego Program 1, spełniał wszystkie

wymagania wymienione w rozdziale 14.1.2. pkt I Tomu I ID W, jak i elementy wskazane w Formułami 2.2 stanowiącym wzór koncepcji działań.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał dokonania całościowej oceny koncepcji, co doprowadziło do przeprowadzenia nieprawidłowej wykładni treści Programu nr 1. Zamawiający bowiem wskazał, iż w zakresie jednego z Elementów Drogi w ramach

Programu nr 1, Odwołujący nie przewidział standardu utrzymania drogi opisanego w koncepcji działań.

W opinii Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego jest niezasadne, bowiem analiza treści Programu nr 1 wyraźnie wskazuje, że Odwołujący zadeklarował realizację pełnego standardu utrzymania drogi. Na powyższe Odwołujący wskazał już we wstępie jednej z części Programu nr 1 (omówione w utajnionej części uzasadnienia odwołania). W dalszych fragmentach Programu nr 1 Odwołujący przedstawił opis szczegółowej procedury działań w zakresie zapewnienia standardu, jednak nie wymienił wprost wszystkich elementów składających się na ten standard. Z powyższego Zamawiający wywnioskował, że przewidziana przez Odwołującego procedura nie obejmuje wszystkich elementów

44

składających się na wymagany w Programie nr 1 standard i w związku z powyższym, zaniżył punktację.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż ocena Zamawiającego została przeprowadzona błędnie. Zamawiający pominął fakt zadeklarowania we wstępie jednej z części Programu 1 standardu utrzymania drogi w pełnym zakresie, czego w dodatku Odwołujący dokonał wprost wskazując na wszystkie wymagane elementy standardu. W związku z powyższym, Zamawiający był winien dokonać prawidłowej wykładni tej części Programu 1, uznając, że Odwołujący zadeklarował pełen standard utrzymania drogi.

W tym zakresie Zamawiający naruszył art. 65 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ nie uwzględnił pełnej treści oferty Odwołującego, co doprowadziło w ostateczności do przyznania niewłaściwej ilości punktów. W tym miejscu warto również wskazać na powszechnie przyjęte stanowisko w orzecznictwie oraz doktrynie, iż ofertę rozumie się jako jedną całość, zatem interpretacja jednego oświadczenia zawartego w ofercie pozwala na przeprowadzenie wykładni pozostałych oświadczeń. Oświadczenia zawarte w ofercie są również powiązane ze sobą i składają się na jedno oferowane przez wykonawcę rozwiązanie.

Na konieczność całościowej wykładni oświadczeń wykonawcy wskazuje m.in. wyrok KIO 2620/14, który wskazuje na następującą praktykę:

„W ocenie Izby zamawiający dokonał błędnej interpretacji stanu faktycznego ustalonego w sprawie. Po pierwsze analiza treści oferty odwołującego nie mogła ograniczać jedynie do analizy informacji podanych w kolumnie 3 pozycji 142 formularza cenowego, z pominięciem kolumny 2 tej pozycji formularza cenowego. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że informacje z kolumny 2 wypełnionego przez wykonawcę formularza cenowego są "oświadczeniami zamawiającego". Faktycznie wykonawca sporządził swój formularz cenowy na bazie wzoru formularza cenowego stanowiącego załącznik do SIWZ wskutek czego informacje z kolumny 2 były tożsame.

Jednakże wykonawca wypełnił ten wzór i złożył podpis pod całością formularza cenowego, a więc nie tylko pod kolumną 3. W konsekwencji jego oświadczeniem woli objęte były informacje zarówno z kolumny 2 jak i 3 formularza cenowego. Powyższe musiało prowadzić do wniosku, że zamiarem odwołującego było zaoferowanie zamawiającemu ściereczek czyszczących zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia z kolumny 2 wzoru formularza. Informacje podane przez wykonawcy w kolumnie 3 formularza cenowego należało zatem analizować z uwzględnieniem tego faktu”.

Z powyższego wyroku wynika wprost, że Zamawiający powinien brać pod uwagę wszelkie oświadczenia złożone przez wykonawcę w ofercie i z uwzględnieniem tych oświadczeń, dokonywać wykładni całości oferty.

45

Warto dodać, że Zamawiający w rozdziale 14.1.2 pkt I Tomu I IDW wskazał, iż nie precyzuje dokładnie sposobu wykonywania usługi utrzymania standardu drogi przez wykonawcę. Wymagał jednak zadeklarowania zapewnienia pewnego standardu odnośnie wymienionych elementów, zgodnie z przedstawionym OPZ oraz załącznikami, w tym Formularzem 2.2.

Skoro zatem, Zamawiający wymagał zadeklarowania standardu utrzymania drogi, co Odwołujący uczynił, jak również zgodnie z wymaganiami określił wymaganą procedurę dotyczącą usługi utrzymania, należy uznać, że dopełnił wszystkich obowiązków wynikających z dokumentacji przetargowej.

Odnosząc się do Programu 2 Koncepcji działań, należy wskazać, iż w tym zakresie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zawarli następujące elementy:

„Opis działań Wykonawcy podejmowanych w celu zapobiegnięcia kradzieży i dewastacji mienia oraz pozwalających na efektywną identyfikacji zagrożeń na drodze.

Koncepcja powinna zawierać opis wszystkich istotnych czynności wykonawcy w zakresie monitoringu drogi, w szczególności „obligatoryjnie” informacje dotyczące:

- metod monitorowania stanu bezpieczeństwa ruchu drogowego; w szczególności sposobu pozyskiwania informacji o zdarzeniach wymagających doraźny interwencji służb utrzymaniowych,
- częstotliwości wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby — patrolowania,
- metod monitorowania warunków pogodowych,
- metod zapobiegania kradzieżom lub dewastacji mienia”.

Zamawiający przewidywał w ramach Programu 2 przyznanie maksimum 10 punktów, przy czym koncepcje mniej korzystne, nie przewidujące wszystkich elementów składających się na standard utrzymania miały otrzymać 5 punktów, a najmniej korzystne 2,5.

W ramach oceny Programu 2, Odwołujący otrzymał 35 punktów, z czego trzech Członków Komisji przyznało po 10 punktów koncepcji Odwołującego, zaś dwóch przyznało 5. Przy czym warto zauważyć, iż w przypadku jednego z Członków Komisji Zamawiający popełnił

błąd bowiem z kart ocen sporządzonych przez Członków Komisji wynikało, iż jeden Członek Komisji przyznał Odwołującemu 10 punktów za Program 2, jednakże przepisując dane do kart indywidualnej oceny ofert, Zamawiający przepisał tę ilość jako 5 punktów, na skutek czego zostało naliczone 35 punktów za Program 2, podczas gdy powinno być 40. W ocenie Odwołującego właśnie o tę pomyłkę chodziło Zamawiającemu, kiedy dokonywał korekty czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jednakże ze względu na brak zapewnienia transparentności czynności Zamawiającego, Odwołujący pozostaje jedynie w domysłach. Pomijając kwestię błędnego przepisania punktów przyznanych w ramach indywidualnej oceny ofert, którą czynność należy ocenić jako nieprawidłową, Odwołujący stoi na

46

stanowisku, iż dwóch Członków Komisji przyznało nieprawidłową ilość punktów za Program 2.

Z kart ocen sporządzonych przez tych Członków Komisji wynika, iż w ich ocenie, Odwołujący nie zawarł jednego z elementów standardu utrzymania drogi, podczas gdy niewątpliwie ten element występuje i został wyraźnie przez Odwołującego zadeklarowany. Powyższe nie jest oceną subiektywną Odwołującego, bowiem potwierdza to również stanowisko pozostałych Członków Komisji przyznających Odwołującemu maksymalną ilość punktów w zakresie Programu 2. Warto w tym miejscu wskazać, że ocena Członków Komisji powinna być obiektywna, oparta o ustalenia przyjęte przez Zamawiającego na gruncie SIWZ, w związku z powyższym, nie do przyjęcia są sytuacje, w których Zamawiający, pomimo wyraźnych wytycznych, pomija część oświadczeń wykonawcy, uznając, że nie występują w ofercie. Zdaniem Odwołującego, zadeklarował on pełen standard utrzymania, który był wymagany w ramach Programu 2 i z tego powodu, dokonana przez Członków Komisji ocena jest niezrozumiała.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien był przyznać maksimum punktów za zaproponowany Program 2, tj. razem 50 punktów, po 10 punktów od każdego Członka i. Dalszą część argumentacji w zakresie pkt 2 uzasadnienia odwołania Odwołujący przedstawił w części utajnionej odwołania, jako dotyczącej szczegółowych elementów Programu 1 i 2, które zostały objęte przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Podtrzymał argumentację co do sposobu dokonywania oceny ofert w kryterium jakości w oparciu o postanowienia IDW pkt. 14. 1. 2.

Stwierdził, że wybierając najkorzystniejszą ofertę posłużył się wyłącznie kryteriami opisanymi w siwz. Uznał,

że przedmiotowe kryterium i sposób jego oceny (jej kompleksowość) pozwala mu

sprawdzić realnie na ile oferty są wiarygodne pod względem możliwości realizacji standardu utrzymania drogi. Zauważył, że nie mógł z góry określić jakie metody, środki, sprzęt itd. będą najlepsze dla realizacji zamówienia bowiem nie znał jeszcze propozycji wykonawców. To wykonawcy składali oferty i propozycje działań zmierzających do realizacji standardu utrzymania drogi, a najkorzystniejsza oferta w kryterium „Jakość” zdefiniowana została na etapie wyboru oferty na podstawie opisu kryteriów.

W toku rozprawy strony i uczestnicy podtrzymali stanowiska przedstawione na piśmie.

Sygn. akt KIO 1975/15

47

Odwolujący - Rotomat Sp. z o.o. potwierdził, iż nie miał możliwości weryfikacji ocen dokonanych przez zamawiającego. W związku z odpowiedzią na odwołanie zauważył, iż zamawiający potwierdził subiektywizm dokonywanych ocen. Przypomniał, iż w wyniku odwołania z dnia 12 września 2015 r. zamawiający zadeklarował obiektywną ocenę ofert na podstawie kryteriów z SIWZ. Stwierdził, iż brak jest rzeczywistego uzasadnienia co do liczby punktów przyznanych poszczególnym ofertom w kryterium pozacenowym. Zauważył, że zamawiający utajnił informacje o przebiegu oceny ofert.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący - FBSSerwis S.A. wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na stanowisko zawarte w złożonym piśmie procesowym, w szczególności w zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowanej ceny, zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie i innych dokumentach postępowania.

Przystępujący - Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. - wskazał na dokonaną przez zamawiającego modyfikację SIWZ w zakresie kryteriów, która to czynność nie była kwestionowana przez wykonawcę. Zauważył, że charakter ocen dokonywanych w kryteriach niemierzalnych ma charakter zindywidualizowany, co oznacza, że oceny członków komisji nie musiały być jednolite. Końcowa ocena oferty w przedmiotowym kryterium była wynikiem uśrednienia.

Przystępujący - Konsorcjum: BUDI-A-Standard Sp. z o.o., "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B. - wniósł o oddalenie odwołania. Wniósł o nierozpatrywanie zarzutu dotyczącego niemożności zweryfikowania ocen ofert, jako zarzutu spóźnionego i odnoszącego się do postanowień SIWZ.

Sygn. akt KIO 1977/15

Odwolujący - FBSSerwis S.A. stwierdził, że zamawiający nie uzasadnił, jakie elementy koncepcji i ich treść zaważyły na liczbie przyznanych punktów, w tym nie wykazał braków. W części rozprawy przeprowadzonej z wyłączeniem jawności przedstawił opracowanie własne (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) z zestawieniem danych zawierających wymagania SIWZ w określonych elementach: uwagi i oceny zamawiającego, wyciąg z koncepcji własnej w ofercie i komentarz własny do uwag zamawiającego i uwagi własne.

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - podtrzymał stanowisko, w tym zawarte w opisie do oceny koncepcji odwołującego. Wskazał, że oczekiwał jednoznacznego i precyzyjnego opisu w ofercie. Stwierdził

48

w wskazanych elementach brak takiej precyzji i oceny te sformułował, jako podstawę do przyznania punktów. Ponownie wskazuje elementy powodujące przyznanie punktacji poniżej wielkości maksymalnej.

Przystępujący - Konsorcjum: BUDI-A-Standard Sp. z o.o., "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący - Rotomat Sp. z o.o. podkreślił, iż brak jest informacji od zamawiającego o ewentualnych brakach lub uchybieniach w ofertach wykonawców, prowadzących do przyznania ofertom określonej punktacji w niemierzalnym kryterium jakości.

Przystępujący - Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. zauważył, że zamawiający musi mieć możliwość dokonania oceny ofert w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie.

Sygn. akt KIO 1980/15

Odwolujący - Konsorcjum: BUDI-A-Standard Sp. z o.o., "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-

Usługowa T. B. - poparł stanowisko zawarte w odwołaniu wraz z zawartą w nim argumentacją, wnosząc o uwzględnienie odwołania. W tym miejscu wnoszący w części niejawną rozprawy wskazał na obowiązujące postanowienia siwz dotyczące spornego kryterium i podtrzymał twierdzenie o zaniżeniu punktacji w elementach opisanych.

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Przystępujący - FBSerwis S.A., Rotomat Sp. z o.o. i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. poparli stanowisko zamawiającego.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także treść ofert wykonawców, w szczególności w części określonej jako „Koncepcja”, a także dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem postanowień instrukcji dla wykonawców oraz treści protokołu tego postępowania wraz z załącznikami, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba stwierdza, że każdy z odwołujących legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia zdefiniowanym przepisem art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Każdy z tych wykonawców w przedstawionej argumentacji stwierdza, że złożona przez niego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i za taką powinien ją uznać zamawiający w toku badania i oceny ofert.

49

Podstawowy zarzut każdego z odwołań dotyczy czynności oceny i przyznania punktów w kryterium pozacenowym określonym jako „Jakość” na podstawie treści przedstawionej w ofercie dokumentu o nazwie „Koncepcja” dla trzech opisanych w Instrukcji dla Wykonawców Programach.

Należy zauważyć, że wszyscy wykonawcy zastrzegli, iż powyższe opracowanie stanowiące bazę do oceny w kryterium jakości stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie może być udostępniane innym, poza zamawiającym podmiotom. W konsekwencji uczestnicy wzajemnie uniemożliwili sobie ewentualną weryfikację czynności zamawiającego podjętych wobec ofert konkurencyjnych.

Analiza pełnej dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego do akt postępowania odwoławczego prowadzi do wniosku, że zamawiający nie naruszył w toku prowadzonych czynności przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniach.

Skład orzekający uznaje, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty wybranego wykonawcy jako przeprowadzonej zgodnie z zasadami siwz i z poszanowaniem prawa.

Ocena została dokonana przy tym w sposób jednakowy dla każdej oferty w szczególności w zgodzie z zapisami siwz Tom I IDW sprecyzowanymi w pkt 14.1.2 Kryterium „Jakość”.

Nie ma podstaw do kwestionowania stwierdzenia, iż osoby dokonujące oceny programów były dobrze przygotowane merytorycznie i kompetentne do przeprowadzenia oceny.

Należy zauważyć, że co do zasady kryteria niemierzalne nazywane także niearytmetycznymi mogą prowadzić do pewnych różnic w ocenie. W niniejszym postępowaniu ocena kryterium jakości była indywidualną i subiektywną oceną każdego z pięciu członków komisji przetargowej. Członkowie komisji działali zgodnie z zapisami siwz i do tych zapisów się odwoływali, a ich oceny są naturalną konsekwencją niewymierności kryterium „Jakość”.

Ponadto członkowie komisji w uzasadnieniu przyznanej oceny nie mogli wskazywać na konkretne działania jak i środki, jakie wykonawca powinien zastosować na etapie wykonania zamówienia w celu realizacji standardów utrzymania drogi. Wykonawca miał swobodę w

doborze działań, metod i środków użytych do realizacji zdefiniowanych w opisie standardów utrzymania drogi. Tym samym uzasadnienie pisemne przyznanych ocen należy uznać za prawidłowe. Warto także zauważyć, że ewentualne wymaganie tożsamej punktacji u każdego ocenianego prowadziłoby do uzasadnionego podejrzenia, iż w rzeczywistości nie dokonywano oceny indywidualnej lecz wspólnie uzgadnianej, co mogłoby być uznane za naruszające regułę bezstronności i obiektywizmu osób uczestniczących w prowadzonym postępowaniu.

Ponadto należy zauważyć, że sam fakt uwzględnienia w opisie obligatoryjnych informacji wskazanych we wzorze Koncepcji działań nie jest równoznaczny z tym, że informacje przedstawione w Koncepcji dają możliwość oceny, czy działania zadeklarowane przez

50

zobowiązują wykonawcę do realizacji zaproponowanych działań.

Odnosnie zarzutów odnoszących się do odmowy udostępnienia przez zamawiającego wszystkich informacji związanych czynnościami oceny ofert opisanymi w protokole postępowania i jego załącznikach należy stwierdzić, że ograniczony dostęp do tych informacji jest następstwem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie ewentualnie w wyjaśnieniach do oferty i dotyczy tych samych informacji opisanych w dokumentacji postępowania. Odmienne stanowisko polegające na odtajnieniu wszystkich informacji z postępowania uczyniłoby iluzoryczne zastrzeżenie tajemnicy, a zatem naruszyło prawo wykonawców do zastrzeżenia. Tym samym zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 oraz art. 96 ustawy pzp wadliwe prowadzenie protokołu postępowania jest niezasadny.

Na marginesie jedynie należy stwierdzić, że dodatkowe dokumenty tworzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak w postępowaniu pomocnicze arkusze indywidualnej oceny Koncepcji stanowią również załączniki do protokołu, które podlegają udostępnieniu na zasadach wyżej omówionych ze stosownymi wyjątkami jw. W tym wypadku arkusze indywidualnej oceny Koncepcji zawierały informacje, które zawarte były w poszczególnych koncepcjach, a wszyscy wykonawcy zastrzegli Koncepcje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający zatem przekazując arkusze wykonawcom zasadnie utajnił je w części, która mogłaby doprowadzić do ujawnienia informacji zawartych w poszczególnych koncepcjach. Jednocześnie zamawiający przekazywał danemu wykonawcy arkusz indywidualnej oceny jego Koncepcji w pełnej treści.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FB Serwis S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, Izba podziela stanowisko zamawiającego, że

przeprowadził procedurę wyjaśnienia zarzut nie potwierdził.

Zamawiający prawidłowo wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę FB Serwis i zasadnie uznał,

że cena nie jest

rażąco niska.

W takim stanie rzeczy uznając, że zamawiający w toku badania i oceny ofert, a w ich wyniku dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszył przepisów prawa wskazanych w rozpatrywanych odwołaniach, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

51

Przewodniczący:

.....

52