Sygn. akt: KIO 1501/14

KIO 1518/14

KIO 1531/14

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 lipca 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa** Średnicowa **Spółka Akcyjna w Katowicach, INTEGRAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**

B. w dniu 25 lipca 2014 roku przez **TPF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

C. w dniu 25 lipca 2014 roku przez **Egis Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie,** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze**

przy udziale:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House w Wielkiej Brytanii,** zgłaszających

przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt. KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14 po stronie zamawiającego,

b) **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1501/14 po stronie zamawiającego,

c) **Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1518/14 po stronie zamawiającego

d) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECMG GmbH w Wiedniu, SGS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1518/14 po stronie zamawiającego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1531/14 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia wszystkie trzy odwołania i nakazuje zamawiającemu – Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzącemu postępowanie: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** – unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa** Średnicowa **Spółka Akcyjna w Katowicach i INTEGRAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** i odrzucenia ich oferty, dokonanie czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa** Średnicowa **Spółka Akcyjna w Katowicach i INTEGRAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** do

złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonania ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzącego postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House w Wielkiej Brytanii**

---

i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa** Średnicowa **Spółka Akcyjna w Katowicach, INTEGRAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** (15 000 zł 00 gr), **TPF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr) oraz **Egis Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań

2) zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie,** prowadzącego postępowanie: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Drogowa Trasa** Średnicowa **Spółka w z Akcyjna Katowicach, INTEGRAL Spółka ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

3) zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie,** prowadzącego postępowanie: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** na rzecz **TPF Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

4) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House w Wielkiej Brytanii** na rzecz **Egis Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

……

Sygn. akt: KIO 1501/14

KIO 1518/14

KIO 1531/14

Uzasadnienie

Zamawiającego, którym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie kontraktem w zakresie: budowa drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza w ciągu drogi ekspresowej S-3 km 0+000,00 – km 6+370,00, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 1501/14

Stanowisko odwołującego:

W dniu 24 lipca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna w Katowicach, INTEGRAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia odwołujących i odrzucenia oferty odwołujących.

Odwołujący zarzucili, że zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:
- przepis art 24 ust.2 pkt 2 poprzez wykluczenie odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie przy ocenie, czy wadium zostało przez odwołujących wniesione,
- przepis art 24 ust.4 w związku z art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie odpowiada oferty odwołujących mimo, że brak było do tego podstaw, gdyż treść tej oferty treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wadium zostało wniesione prawidłowo,

Odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Lider - Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., partner Mott MacDonald Limited ,Mott MacDonald House

- unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

oraz o zobowiązanie zamawiającego do zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, że w dniu 15 lipca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia i wyborze oferty wykonawcy- Konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. oraz Mott MacDonald Limited oraz jednocześnie o wykluczeniu z postępowania m. in. konsorcjum tworzonego przez Drogową Trasę Średnicową S.A. jako Lidera oraz Integral sp. z o.o. jako Partnera co spowodowało odrzucenie oferty tego Konsorcjum - czyli odwołujących.

W uzasadnieniu wykluczenia odwołujących zamawiający stwierdził, iż odwołujący wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy. Złożona przez nich wraz z ofertą bankowa gwarancja wadialna nie będzie mogła posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego na skutek nieprawidłowo oznaczonego wykonawcy w treści tej gwarancji.

W przedmiotowym postępowaniu wadium zostało wniesione jako Gwarancja nr KLG21688IN14 z dnia 31-03-2014 wystawiona przez ING Bank Śląski Spółka Akcyjna.

Z treści gwarancji wynika, że klientem banku zwanym dalej „Wykonawcą" jest INTEGRAL Sp. z o.o , który zamierza przystąpić do przetargu pn. „Zarządzanie kontraktem w zakresie: budowa drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza w ciągu drogi ekspresowej S-3 KM 0+000,00 - KM 6+370,00 w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót".

W gwarancji ING Bank Śląski zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić każdą kwotę do wysokości 230 000,zł (tj. wysokości wymaganego przez zamawiającego wadium) na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art.46 ust 4a i 5 ustawy PZP.

Zamawiający w swoim uzasadnieniu wykluczenia odwołujących stwierdza jednak ,że

w przypadku zaistnienia w/w przesłanek zobowiązanie banku dotyczy wyłącznie tylko wykonawcy rozumianego jako INTEGRAL Sp.z o.o , a nie jako partner Konsorcjum ,które składa ofertę.

Wg zamawiającego w treści gwarancji wadialnej wykonawca musi zostać prawidłowo oznaczony co nie nastąpiło, ponieważ wykonawcą w rozumieniu gwarancji jest INTEGRAL Spółka z o.o. występujący jako klient banku a nie jako członek Konsorcjum, stąd błędne przyjęcie przez zamawiającego, że tak wniesione wadium jest nieprawidłowe a tym samym uznanie, że wadium nie zostało wniesione i oferta nie została zabezpieczona wadium.

W ocenie odwołujących takie stanowisko zamawiającego jest nieuprawnione.

6

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium wniesione było wspólnie przez wykonawców, a w treści gwarancji bankowej czy też ubezpieczeniowej byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę.

W przypadku złożenia oferty przez konsorcjum brak podania w treści gwarancji bankowej nazwy partnera nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji. Należy bowiem zważyć, że art. 23 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2008 . (sygn.akt KIO/UZP 23/07) „takie uregulowanie uwzględnia istotę konsorcjum, które przez przedsiębiorców jest zawieranym *ad hoc* porozumieniem celowym. Konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji bankowej. Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum".

Dodatkowo odwołujący zauważyli, że art. 45 ust. 3 ustawy Pzp reguluje kwestię wniesienia wadium w określonym terminie, nie wskazując podmiotowo, że to wykonawca ma ponosić skutki finansowe wadium. Przepis ten wskazuje bowiem bezosobowo, iż „wadium wnosi się" nie wskazując podmiotu wnoszącego (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2793/11).

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W przypadku wyłonienia wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia poprzez złożenie jednej oferty jako konsorcjum, zamawiający wzywa konsorcjum do podpisania umowy.

W przypadku gdy choćby jeden z członków konsorcjum uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia na warunkach określonych w ofercie, nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Odmowa zawarcia umowy skutkuje przepadkiem wadium na rzecz Zamawiającego.

W sytuacji gdy w postępowaniu przetargowym uczestniczy konsorcjum, istotne pozostaje zabezpieczenie interesu zamawiającego. Służy temu art. 141 ustawy Pzp, z którego wynika zasada solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania. Solidarność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powstaje zatem z mocy prawa i polega na tym, że zamawiający może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich członków konsorcjum łącznie, od kilku z nich bądź też od każdego z osobna.

7

W konsekwencji w razie nie zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie jednego z członków konsorcjum zamawiający ma prawo domagać się spełnienia zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie jednego z członków konsorcjum.

Zdaniem odwołujących bez znaczenia pozostaje fakt, czy to właśnie zlecający gwarancję członek konsorcjum odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy też inny konsorcjant. Zamawiający, wobec solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, ma prawo domagać się spełnienia zabezpieczenia wadialnego od któregokolwiek z konsorcjantów.

Odwołujący powołali się na wyrok z 1 października 2007 r. Sądu Okręgowego w

Katowicach (sygn. akt XIX Ga 408/07), gdzie wskazano, że „fakt udzielenia zamawiającemu gwarancji bankowej na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji.

Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ma możliwość wyboru, od którego z członków Konsorcjum zażąda spełnienia zabezpieczenia wadialnego, bez względu na to, który z członków ponosi odpowiedzialność za nie zawarcie umowy po wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W opisanej sytuacji, mając na uwadze przepis art. 141 Prawa zamówień publicznych, należy stwierdzić, iż skoro na zlecenie jednego z członków Konsorcjum bank udzielił gwarancji zamawiającemu w wymaganej wysokości oraz w formie zgodnej z obowiązującymi przepisami, interes zamawiającego został należycie zabezpieczony. W przedmiotowej sprawie brak zatem podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W razie nie zawarcia umowy przez konsorcjum zamawiający może domagać się wykonania zabezpieczenia wadialnego w postaci gwarancji bankowej, mimo że została ona wystawiona na zlecenie jedynie jednego z członków konsorcjum.

Powyższe stanowisko odwołujących znajduje oparcie w utrwalonym orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 17 września 2009 r. KIO/UZP 1272/09, z 4 stycznia 2008 r. KIO/UZP 23/07oraz z 8 lipca 2011 r. KIO /UZP1320/11.) jak i sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r., sygn. akt :V Ca 903/08 i wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1.10.2007 r. sygn.. akt XIX Ga 408/07).

Jednocześnie odwołujący wskazali na niekonsekwencję w działaniu zamawiającego, który przed wykluczeniem odwołujących z udziału w postępowaniu z powodu wniesienia nieprawidłowego w jego ocenie wadium jednocześnie pismem z dnia 21 maja 2014 r. wezwał

odwołujących do przedłużenia ważności tego wadium lub złożenia nowego na przedłużony okres związania z ofertą.

W tym samym dniu zamawiający zwrócił się również do wystawcy gwarancji wadialnej ING Banku Śląskiego o jednoznaczne stwierdzenie czy przedmiotowa gwarancja zabezpiecza w pełni jego interes podając powyższe do wiadomości spółce INTEGRAL.

Ze względu na to , że termin ważności ww. gwarancji wygasał i aby skuteczność nowego wadium nie była kwestionowana odwołujący wnieśli nowe wadium w formie pieniężnej na rachunek zamawiającego. Kwota wpłacona na rachunek zamawiającego pozostaje w jego dyspozycji i może podlegać ewentualnemu bezwarunkowemu zatrzymaniu w sytuacji ziszczenia się okoliczności, o których mowa w art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp, bowiem stanowi zabezpieczenie wadialne konkretnej oferty.

Stanowisko zamawiającego”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 sierpnia 2014 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający stwierdził, że w przypadku, gdy wadium jest wnoszone w formie gwarancji bankowej przez wykonawców tworzących konsorcjum, zapisy w dokumentach gwarancyjnych muszą gwarantować zamawiającemu realizację roszczenia wynikającego z gwarancji bankowej. Zamawiający musi mieć pewność, że oferta została prawidłowo zabezpieczona, nie może opierać się na domniemaniach. Nieprawidłowa gwarancja jest równoznaczna z niewniesieniem wadium, czyli prowadzi do wykluczenia wykonawcy. Dokument wadialny nie znajduje się w katalogu dokumentów, które można uzupełnić na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też nie stanowi części oferty, a więc nie mają do niego zastosowania przepisy ustawy Pzp dot. treści oferty, poprawy omyłek w ofercie. Nie da się uzupełnić wadium po terminie składania ofert i tak samo nie da się usunąć barków gwarancji wadialnej.

W ocenie zamawiającego gwarancja złożona przez odwołującego nie wskazuje w swej treści, iż członek konsorcjum – INTEGRAL Sp. z o.o. – działał w imieniu i na rzecz konsorcjum, a wynika jedynie, że wystąpił on we własnym imieniu o udzielenie gwarancji bankowej. Zatem ten podmiot, na którego została wystawiona gwarancja, w myśl jej treści jest uznawany za wykonawcę. Podmiot, który złożył ofertę – konsorcjum – nie jest tożsamym z podmiotem, który jest zleceniodawcą przedmiotowej gwarancji. Konsorcjum nie jest wykonawcą według definicji określonej w gwarancji, a działania lub zaniechania tylko takiego

wykonawcy zabezpiecza przedmiotowa gwarancja. Wynika z tego, że zobowiązanie gwaranta nie odnosi się do podmiotu, który złożył ofertę.

Wykonawca zdefiniowany w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp nie jest tożsamy z wykonawcą zdefiniowanym w Gwarancji bankowej.

W ocenie zamawiającego tylko w przypadkach, gdy przesłanki wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 ziszczą się wobec wykonawcy INTEGRAL Sp. o.o. bank będzie obowiązany do wypłaty zamawiającemu sumy gwarancyjnej.

Zamawiający podkreślił, że znany jest mu pogląd, iż wystarczającym zabezpieczeniem jest wskazanie w dokumencie gwarancji tylko jednego wykonawcy, jednak na gruncie tego poglądu, wskazany w treści dokumentu gwarancji jeden z wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, musi być pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ww. sytuacja nie występuje.

Zamawiający prezentuje pogląd, że solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy jedynie wykonania zamówienia i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak określa art. 141 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zaoferował bowiem najniższą cenę, co – w przypadku jego dalszego uczestnictwa w postępowaniu – może uzasadniać tezę o możliwości przyznania mu przedmiotowego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wadium zostało wniesione jako Gwarancja nr KLG21688IN14 z dnia 31-03-2014 wystawiona przez ING Bank Śląski Spółka Akcyjna.

Z treści gwarancji wynika, że klientem banku zwanym dalej „Wykonawcą" jest INTEGRAL Sp. z o.o , który zamierza przystąpić do przetargu pn. „Zarządzanie kontraktem w zakresie: budowa drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza w ciągu drogi ekspresowej S-3 KM 0+000,00 - KM 6+370,00 w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót".

W gwarancji ING Bank Śląski zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić każdą kwotę do wysokości 230 000,zł (tj. wysokości wymaganego przez zamawiającego wadium) na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art.46 ust 4a i 5 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 45 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium w zakresie oraz w wysokości uprawnienia ustawowego. Ustawodawca dopuszcza wniesienie wadium w jednej z form określonych w art. 45 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp, a mianowicie: pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym. Dopuszczalne są także o gwarancje bankowe, gwarancje ubezpieczeniowe oraz poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Powyższe wyliczenie jest katalogiem zamkniętym.

Jak wynika z uregulowań zawartych w Prawie bankowym, „gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony

(beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku" (art. 81 ust. 1 Prawa bankowego).

Zatem bank-gwarant zobowiązany jest do wypłaty określonej kwoty pieniężnej beneficjentowi gwarancji. W konsekwencji pomiędzy zamawiającym a zlecającym wystawienie gwarancji, tj. członkiem konsorcjum, nie powstaje żaden stosunek wynikający ze złożenia gwarancji, w szczególności podmiotem zobowiązanym z gwarancji nie będzie podmiot zlecający jej wystawienie.

Wykonawcę z bankiem łączy innego rodzaju stosunek, w ramach którego bank–gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz beneficjenta (tj. zamawiającego).

Tak więc po stronie podmiotu wykonawcy pozostaje ziszczenie się okoliczności faktycznych wynikających z przepisów ww. ustawy, które z kolei prowadzą po stronie zamawiającego do domagania się od banku zapłacenia kwoty stanowiącej sumę gwarancyjną (vide: na podstawie uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1320/11).

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z kolei w myśl art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Należy zaznaczyć też, iż konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do

zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Oznacza to, że zamawiający może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, niezależnie od woli tych wykonawców wyrażonej w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej.

W sprawie możliwości wystawienia wadium na zlecenie jednego z członków konsorcjum wypowiedział się w wyroku z 1 października 2007 r. Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 408/07) wskazując, że „fakt udzielenia zamawiającemu gwarancji bankowej na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji.

Analogiczny pogląd wyrażony został w wyroku SO w Warszawie z dnia 20 maja 2008 r. sygn. akt: V Ca 903/08 oraz w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt: KIO 1518/14

Stanowisko odwołującego:

W dniu 25 lipca 2014 roku wykonawca TPF Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w ramach kryterium „Metodyka", co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: Mott MacDonald Polska Sp z o.o. (lider) Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House (partner), która w przypadku prawidłowego badania i oceny oferty uzyskałaby mniejszą liczbę punktów;
2) Naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum w składzie: Mott MacDonald Polska Sp z o.o. (lider) Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House (partner), która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w

postępowaniu na podstawie przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, wynikające z nieprawidłowej oceny oferty odwołującego;
3) Naruszenie przepisu art. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Egis Poland Sp. z o.o. z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w przypadku nieuwzględnienie powyższego, naruszenie art. 26

ust. 3 polegające na zaniechaniu wezwania Egis Poland Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy;
4) Naruszenie przepisu art. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. z z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w przypadku postępowania nieuwzględnienie powyższego, naruszenie art. 26 ust. 3 polegające na zaniechaniu wezwania konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy;
5) Naruszenie art. 90 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
- oraz naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
2) unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
4) wykluczenia wykonawcy - Egis Poland Sp. z o.o. z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w przypadku nieuwzględnienie powyższego zarzutu - wezwania Egis Poland Sp. z o.o do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy;
5) wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Sp. z o.o z z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w przypadku postępowania nieuwzględnienie powyższego zarzutu - wezwania Wykonawcy konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy;
6) w przypadku ponownej oceny oferty wykonawcy konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner) wezwania do złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych mających wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty złożonej przez tego wykonawcę a w rezultacie odrzucenie oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę;

7) dokonania przez zamawiającego czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;
8) obciążenia kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w dniu 15 lipca 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę: konsorcjum firm w składzie: Mott MacDonald Polska Sp z o.o. (lider) Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House (partner) jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wyboru zamawiający wskazał, iż wykonawca ten spełnia warunki określone w SIWZ oraz uzyskał w kryteriach oceny największa liczbę punktów tj. 92,03 pkt (55,22 pkt w kryterium ceny oraz 36,81 pkt w

kryterium „Metodyka”). Równocześnie zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, z uwagi na uzyskaną liczbę punktów - 78,45 pkt (49,42 pkt w kryterium ceny oraz 29,03 pkt w kryterium Metodyka), oferta odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego na 5 pozycji.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w tym z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty w ramach opisanego przez zamawiającego w SIWZ kryterium „Metodyka”. W przypadku dokonania poprawnej oceny, oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą liczbę punktów wśród ofert konkurentów i zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zgodnie z postanowieniem rozdziału 14 SIWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert w przedmiotowy postępowaniu:
- Kryterium Cena - waga 60 % = 60 pkt
- Kryterium „Metodyka” - waga 40 % = 40 pkt

Jak wynikało z SIWZ punkty w kryterium „Metodyka” miały zostać przyznane w skali punktowej do 40 pkt w oparciu o cztery podkryteria, na podstawie opracowania „Metodyka” sporządzonego przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zastrzegł, iż nie będzie przyznawał punktów w sytuacji, gdy wykonawca zaproponuje w opracowaniu działania nieadekwatne do celu jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium. Taki sam skutek zgodnie z SIWZ miał nastąpić w sytuacji gdy wykonawca zidentyfikował dołączonej do oferty „Metodyce” obszary ryzyka nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w ramach kryterium „Metodyka”, zamawiający przewidział cztery podkryteria, tj:

• Podkryterium 1 - Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór, OPZ na nadzór, oraz dokumentacją projektową - za które można było uzyskać maksymalnie 15 pkt;
• Podkryterium 2 - Zapewnienie przez konsultanta organizacji pracy zespołu - za które można było uzyskać maksymalnie 10 pkt;
• Podkryterium 3 - Zapewnienie przez Konsultanta szkoleń dla personelu Konsultanta (tj. co najmniej ekspertów kluczowych, innych ekspertów oraz ich asystentów) z zakresu znajomości warunków umowy na nadzór i Kontraktu na roboty budowlane, a także zmieniających się powszechnie obowiązujących przepisów prawa w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych związanych z realizacją umowy na nadzór i Kontraktu na roboty budowlane oraz z zakresu aktualnego stanu faktycznego na Kontrakcie w odniesieniu do warunków umowy i dokumentacji projektowej - za które można było uzyskać maksymalnie 5 punktów;
• Podkryterium 4 - Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta - za które można było uzyskać maksymalnie 10 pkt.

Każde z ww. podkryteriów oceniane miało być indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej. Z punktów przyznanych przez poszczególnych członków dla każdego z podkryterium wyliczana była średnia arytmetyczna (tj. sumę punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji w danym podkryterium/ilość członków Komisji), a następnie w celu uzyskania ostatecznej punktacji wyliczone średnie arytmetyczne dla każdego z podkryterium należało zsumować dla całego opracowania „Metodyka".

Zdaniem odwołującego w niniejszym postępowaniu zamawiający nieprawidłowo określił liczbę przysługujących Wykonawcy TPF sp. z o.o. punktów w ramach kryterium „Metodyka”. Odwołujący podkreślił, iż nieprawidłowa wartość uzyskanych przez niego punktów wynikała w głównej mierze z nieprzyznania przez Zamawiającego 10 punktów w ramach Podkryterium 4 pn. „Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta” w sytuacji gdy odwołujący w ramach tego Podkryterium winien dostać maksymalną liczbę punktów.

Odwołujący podniósł, iż poza uchybieniami zamawiającego dotyczącymi oceny dokonanej w ramach Podkryterium 4, zamawiający dokonał również nieprawidłowej oceny załączonej przez Wykonawcę TPF sp. z o.o. „Metodyki” w ramach Podkryterium 1 - zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór, OPZ na nadzór, oraz dokumentacją projektową oraz Podkryterium 2 - Zapewnienie

przez konsultanta organizacji pracy zespołu, co skutkowało nieprzyznaniem odwołującemu odpowiedniej ilości punktów w kryterium „Metodyka".

15

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z rozdziałem 14 SIWZ w ramach Podkryterium 1 - Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór, OPZ na nadzór oraz dokumentację projektową, w którym każdy z wykonawców mógł uzyskać maksymalnie 15 punktów, Zamawiający przyznawać miał punkty w następujący sposób:
maks. 5 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu robót budowlanych;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu robót budowlanych oraz za każdą propozycje dodatkowych działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ. zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie zgodności postępu robót budowlanych z harmonogramem (maks. 5 pkt.);
1.2. Opis działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej - maks. 6 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (maks. 3 pkt);
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (maks. 3 pkt)"
1.3. Identyfikacja przez Konsultanta potencjalnych obszarów ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę robót budowlanych - maks. 4 pkt.
1 punkt za każde właściwe zidentyfikowanie obszaru ryzyka wraz ze wskazaniem środka (lub środków) służącego do jego ominięcia lub zminimalizowania (maks. 4 pkt)

Oceniając działania odwołującego w ramach Podkryterium 1 pkt 1.2. - Opis działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej, wskazane przez Odwołującego w pkt 1.2. ppkt 1.2.2. (propozycje działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów) i ppkt 1.2.4 (działania w następstwie wykrycia błędów) „Metodyki", zamawiający przyznał wykonawcy TPF sp. z o.o. jedynie 0,8 pkt na maksymalnie 6 pkt (0,2 pkt na 3 możliwe za działania podjęte w celu wykrycia błędów oraz 0,6 pkt na 3

16

---

możliwe za działania podjęte w następstwie wykrycia błędów). Odwołujący podniósł, iż dokonana przez zamawiającego ocena i przyznana punktacja jest niezgodna z SIWZ.

Jak wynika z karty indywidualnej oceny - kryterium Metodyka - Członkowie Komisji Przetargowej nie przyznali żadnych punktów odwołującemu za wskazane przez niego działania nr 1,2,3,4 (propozycje działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów). Z krótkiego uzasadnienia sporządzonego przez komisję przetargową, wynika, iż brak przyznania punktów związany jest z faktem, iż działania te chociaż zostały uzasadnione przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. są działaniami objętymi obowiązkami wykonawcy wynikającymi z treści opisu przedmiotu zamówienia oraz umowy. Z analogicznych przyczyn Członkowie Komisji przetargowej nie przyznawali punktów odwołującemu w ramach Podkryterium 1 pkt 1.2. (w zakresie wymienionych przez niego działań podjętych w następstwie wykrycia błędów) oraz w ramach Podkryterium 1 pkt 1.3. (Identyfikacja przez Konsultanta potencjalnych obszarów ryzyka zgłoszenia roszczeń przez wykonawcę robót budowlanych). Ze szczątkowego uzasadnienia przedstawionego przez Członków Komisji Przetargowej wynika, iż przyczyną braku przyznania punktów było wskazanie przez

Odwołującego działań stanowiących obowiązek wykonawcy w ramach umowy (Podkryterium 1 pkt 1.2) oraz nie wskazanie innych środków zapobiegawczych niż wymienione w SIWZ (Podkryterium 1 pkt 1.3).

W ocenie odwołującego ocena dokonana przez zamawiającego jest niezgodna SIWZ. W świetle przytoczonej powyżej treści specyfikacji (rozdział 14 SIWZ Podkryterium 1 pkt 1.2.) Zamawiający powinien przyznać punkt za każde działanie jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania. Powyższe oznacza, iż punkty w tym podkryterium powinny być przyznane również w sytuacji gdy Metodyka załączona przez wykonawcę zawiera działania stanowiące wymienione z SIWZ obowiązki Konsultanta, jeżeli uzasadniono celowość tych działań. Tymczasem zamawiający wbrew treści analizowanego postanowienia specyfikacji przyjął, że punktować będzie jedynie działania dodatkowe wykraczające poza określone przez zamawiającego w SIWZ. Taka interpretacja nie znajduje natomiast potwierdzenia w treści SIWZ. Podkreślić należy, iż zamawiający dokonał *expressis verbis* rozróżnienia sytuacji gdy punkty przyznawane miały być za „działanie" a kiedy za „działanie dodatkowe wykraczające poza te określone przez Zamawiającego w SIWZ". To drugie rozwiązanie, tj. punktowanie działań dodatkowych zostało wprost opisane przykładowo w rozdziale 14 SIWZ Podkryterium 1 pkt 1.1. (Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu robót budowlanych). Dla odmiany w rozdziale 14 SIWZ Podkryterium 1 pkt 1.2. punkty przyznawane były za „każde działanie" bez konieczności wskazywania działań innych niż te przewidziane w SIWZ.

Powyższe potwierdza również sposób skonstruowania załącznika wzoru Metodyki, gdzie przykładowo:
• w ppkt: „1.1.2." w ramach oceny Podkryterium 1 pkt 1.1. wykonawca winien jest wskazać:
„ B. Dodatkowe działania
Propozycja dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie zgodności postępu robót budowlanych z harmonogramem:
- B. 1 punkt za każdą propozycję dodatkowych działań (maks. 5 pkt)"
• dla ppkt 1.2.2 w ramach oceny Podkryterium 1 pkt 1.2 wykonawca winien wskazać:
„B. Działanie
Propozycja działania/działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania:
B. 1 punkt za każdą propozycję działań wraz z uzasadnieniem (maks 3 pkt)"

Odwołujący wskazał, iż przy prawidłowej zgodnej ze specyfikacją ocenie jego „Metodyki" w ramach Podkryterium 1 pkt 1.2. powinien on uzyskać maksymalną ilość 6 punktów tj. po 3 punkty za wskazane przez niego w Metodyce działania jakie podejmie w celu wykrycia błędów w dokumentacji projektowej oraz 3 punkty za zaproponowane przez niego działania jakie podejmie w następstwie wykrycia błędów w dokumentacji projektowej. Natomiast w ramach Podkryterium 1 pkt 1.3. winien on uzyskać co najmniej 3 na 4 możliwe do zdobycia punkty.

Identyczna sytuacja jak w przypadku oceny Podkryterium 1, miała miejsce przy dokonaniu przez zamawiającego oceny w ramach Podkryterium 2 - Zapewnienie przez Konsultanta organizacji pracy zespołu. Zgodnie z SIWZ ocena tego podkryterium powinna zostać dokonana w następujący sposób:
niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów - maks. 4 pkt.
1 punkt - za każdą propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów powołanych w celu (do) realizacji zamówienia (maks. 4 pkt);
2.2. Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe (nie dotyczy czasowych nieobecności w wyniku zwolnień lekarskich, urlopów itd.) - maks. 3 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie

zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe;

1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe oraz za każdą dodatkową propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe (maks. 3 pkt);
2.3. Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta skuteczność przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego - maks. 3 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego oraz za każdą propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego (maks. 3 pkt);

Tymczasem pomimo jasnych postanowień specyfikacji Członkowie Komisji Przetargowej uzasadniając brak przyznania punktu chociażby w zakresie zaproponowanego w „Metodyce" załączonej przez Odwołującego działania 1 w ramach Podkryterium 2 pkt 2.1. wskazywali, iż zaproponowane działanie stanowi obowiązek Konsultanta wynikający z OPZ i Umowy. Odwołujący podkreślił, iż przyjęcie takich zasad oceny nie znajduje odzwierciedlenia w SIWZ. W zakresie Podkryterium 2, Zamawiający jasno wskazał, iż będzie przyznawał punkty albo za: działania" (tak. pkt 2.1. i 2.3. w ramach Podkryterium 2) albo za „dodatkowe działania" (tak pkt 2.2. w ramach Podkryterium 2). Jedynie w tym drugim przypadku brak jest możliwości przyznania przez Zamawiającego punktów, gdy wykonawca proponuje działania określone już w specyfikacji a nie działania dodatkowe.

Odwołujący zauważył, iż w większości przypadków ocena cząstkowa dokonywana przez członków Komisji Przetargowej w sytuacji gdy nie przyznawali oni jakichkolwiek punktów, nie jest żadnej sposób uzasadniona. Tym samym odwołujący nie może odnieść się do takiej oceny.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonując oceny ofert nie można wykroczyć poza kryteria oceny ofert określone w SIWZ i poziom szczegółowości składanej oferty. W szczególności zamawiającemu nie wolno nadawać postanowieniom SIWZ - na etapie oceny ofert - innego znaczenia ani rozszerzającego, ani zawężającego, ani dokonującego innej wykładni niż ta, jaka wynika z pierwotnego brzmienia tych dokumentów. Reguły te mają zastosowanie do wszystkich kryteriów oceny ofert, również do tych, których ocena uzależniona jest od czynnika subiektywnej oceny zamawiającego. Dlatego też w niniejszym

postępowaniu mając jasno sprecyzowane kryteria oceny ofert na etapie dokonywania oceny tych ofert Zamawiający nie może inaczej zinterpretować postanowień SIWZ w tym zakresie niż zostało to przedstawione wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Jeżeli zatem Zamawiający jasno wskazał, iż przyznawać będzie punkt za „każde działanie" to nie może na etapie oceny ofert twierdzić, iż przyznaje punkty jedynie za działania zaproponowane ponad wymagania SIWZ, tym bardziej, gdy punktowanie działań dodatkowych zostało sprecyzowane w SIWZ odrębnie w innym podkryterium.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy EGIS Poland Sp. z o.o. oraz wykonawcy: konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. z postępowania, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, ewentualnie zaniechanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub

instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

W punkcie 7.2. ppkt 2 SIWZ zamawiający w następujący sposób dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia:
„Zamawiający dokona oceny spełniania przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający oceni zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który:
1) wykaże się wiedza i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat
przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacja co najmniej:
a) 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 150 min PLN brutto każde;
b) budowy lub przebudowy łącznie min. 3 obiektów mostowych każdy o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz:
- rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 30 m
lub
- długości obiektu co najmniej 180 m

2) wykaże się należytym wykonaniem usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach których wykonywana była usługa polegająca na pełnieniu nadzoru nad realizacją:

a) budowy lub przebudowy dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 150 min PLN brutto każda;
b) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 30 m;
c) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 180 m;
Jako należyte wykonanie zadań, o których mowa w ppkt 2 Zamawiający uzna wykazanie się przez Wykonawcę rzetelnością, kwalifikacjami, efektywnością i doświadczeniem przy ich realizacji rozumiana jako:
A. nie popełnienie przez Wykonawcę przy realizacji każdego z nich poważnego wykroczenia zawodowego rozumianego zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 jako zachowania Wykonawcy wskazujące na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony;
B. nie uchybianie zasadom wykonywania profesji poprzez działania lub zaniechania leżące po stronie Wykonawcy podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, rozumianego jako:
• powstanie szkody po stronie Zamawiającego, której Wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę odszkodowania, zwrot kosztów Zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,
• spowodowanie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego.”

Odwołujący podniósł, że wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. części B wykazu wykonanych usług nie wskazał usług, których wymagał zamawiający, a które nie zostały przez niego wykonane należycie. Dnia 15 maja 2010 r. Egis Poland Sp. z o.o. oraz Egis Router-Scetauroute S.A Oddział w Polsce zawarł umowę na Zarządzanie kontraktem: „Zarządzanie budową Autostrady A-1 Toruń - Stryków, na odcinku od Czerniewic do Kowala od km 151+850, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót. Z informacji Odwołującego wynika, że w związku z realizacją tej umowy zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy naliczała na wykonawcę Egis Poland Sp. z o.o. oraz Egis Router-Scetauroute S.A Oddział w Polsce kary umowne.

Również wykonawca konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. nie wskazał usług, które jeden z konsorcjantów SGS Sp. z o.o. nie wykonał należycie. Dnia 20 sierpnia 2010 r. SGS Polska Sp. z o.o. działając w konsorcjum z firmą Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. zawarł umowę na Zarządzanie kontraktem: „Zarządzanie kontraktem: Budowa autostrady A-1 Toruń - Stryków, od km 215+850 do km 291+000, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót". Z informacji Odwołującego wynika, że w związku z realizacją tej umowy Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi naliczała na tego wykonawcę kary umowne.

W związku z tym odwołujący stwierdził, że zatajając fakt realizacji w usług w wykazie, wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. *de facto* podali nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wykazanie usług, które nie zostały wykonane należycie, mogłoby prowadzić do innej oceny spełniania warunku rzetelności, a tym samym doprowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Co więcej, zatajenie faktu niewykonania należycie określonej usługi powinno być uznane za złożenie nieprawdziwego oświadczenia o kompletności wykazu. W przeciwnym razie, należałoby uznać, że za nieprzedstawienie kompletnych informacji pozwalających na zweryfikowanie rzetelności wykonawcy nie niesie za sobą żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, a samo badanie rzetelności staje się iluzoryczne i zostaje sprowadzone do formalności polegającej na sprawdzeniu tego co wykonawca sam zdecyduje się przedstawić.

W ocenie odwołującego z tego punktu widzenia, wykonawców, którzy nie przedstawił pełnego wykazu należałoby wykluczyć na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp, bez wezwania do uzupełniania dokumentów. Przyjęcie przeciwnej tezy prowadzi do wniosku, że w każdym postępowaniu, w którym zamawiający bada rzetelność wykonawców na podstawie art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, musiałby wzywać do uzupełniania dokumentów, po którym i tak nie ma pewności, czy wskazane w wyniku uzupełniania zadania stanowią kompletny wykaz wymaganych usług.

Z ostrożności, w przypadku gdyby powyższa argumentacja nie znalazła uznania Izby odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcę Egis Poland Sp. z o.o. oraz wykonawcę konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. do uzupełniania formularza wiedzy i doświadczenia w zakresie wykazu wykonanych usług w części B.

W zakresie zarzutu zaniechanie wezwania wykonawcy - konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner), do złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych mających wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty złożonej przez tego wykonawcę, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę odwołujący podniósł, że pomimo faktu, iż w

niniejszym postępowaniu zamawiający wykluczył wykonawcę konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner), Zamawiający winien był również powziąć wątpliwości i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień cenotwórczych mających wpływ na sposób kalkulacji ceny przez tego wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że cena oferty wykonawcy konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner) wynosi 8 992 683,75 PLN brutto co stanowi 45,37 % kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia oraz 64,75 % średniej ceny wszystkich ofert (tj. grupy ofert o zbliżonych cenach). Mając na uwadze fakt, że szacunkowa wartość zamówienia, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wartość kolejnych ofert są zbliżone, Zamawiający powinien powziąć wątpliwość, czy cena oferty wykonawcy konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner) nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał ponadto, iż ocenę, czy zaproponowane przez konsorcjum w niniejszym postępowaniu ceny są cenami rażąco niskimi, należy oprzeć o przedmiot i specyfikę zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest usługa zarządzania kontraktem na roboty budowlane, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego. Zatem mając na uwadze

skomplikowany charakter zamówienia jak również znaczną różnicę ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę w stosunku do budżetu zamawiającego oraz cen zaoferowanych przez innych wykonawców, zamawiający zobowiązany był wszcząć trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia czy złożona oferta uwzględniają całokształt zobowiązań narzuconych przez zamawiającego, jak również czy wycena poszczególnych elementów została wykonana należycie. Zatem w przypadku przywrócenia wykonawcy konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner) do postępowania zamawiający powinien zbadać czy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą rażąco niską.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 sierpnia 2014 roku oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego metodyki – Podkryterium 4. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający podkreślił, że metodyka stanowi pozacenowej kryterium oceny ofert i jest subiektywną ocną każdego członka komisji przetargowej. W ocenianych podkryteriach 1 i 2 ocenia opracowania „Metodyki" odwołującego odbywała się z zachowaniem zasad przewidzianych w SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu złożenia przez wykonawców nieprawdziwych informacji odwołujący podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławcze, dla wykazania takiego zarzutu należy udowodnić działania polegające na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 roku (sygn. akt IIV Ca 683/12) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1lutego 2013 roku (sygn. akt KIO 56/13).

W ocenie zamawiającego ani Egis Poland Sp. z o.o., ani konsorcjum ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. nie dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji, zarówno w zadaniu realizowanym przez Oddział GDDKiA w Łodzi, jak i w Bydgoszczy. Naliczanie kar umownych nie jest jednoznaczne z nienależytym wykonaniem kontraktu – wachlarz możliwości zamawiającego do naliczania kar umownych każdorazowo określa umowa i przy spełnianiu przewidzianych tam przesłanek dochodzi do podjęcia stosownego działania przez zamawiającego. Może jednak on – jak ma to miejsce w analizowanym stanie faktycznym – pozostać bez wpływu na należyte wykonanie umowy.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy – konsorcjum Drogowa Trasa Średnicowa i INTEGRAL Sp. z o.o. – do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę – zamawiający uznał, że zarzut ten jest bezprzedmiotowy. Oferta wykonawcy nie podlegała bowiem badaniu wobec nieprawidłowego wniesienia wadium przez wykonawcę, który został przez to wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona na innej podstawie faktycznej i prawnej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie ponowną oceną ofert w postępowaniu, co może zmienić ranking ofert ustalony w wyniku unieważnionej oceny.

Z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w ramach kryterium „Metodyka" - Podkryterium 4, Izba zarzutów tych nie rozpoznawała.

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w ramach kryterium „Metodyka" – Podkryterium 1 i 2 oraz dokonanie wyboru oferty konsorcjum w

składzie: Mott MacDonald Polska Sp z o.o. (lider) Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House (partner), a także w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. art. 90 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegającym na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner).

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 14 SIWZ w ramach Podkryterium 1 - Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór, OPZ na nadzór oraz dokumentację projektową, w którym każdy z wykonawców mógł uzyskać maksymalnie 15 punktów, Zamawiający przyznawać miał punkty w następujący sposób:
maks. 5 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu robót budowlanych;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta monitorowania postępu robót budowlanych oraz za każdą propozycje dodatkowych działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ. zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie zgodności postępu robót budowlanych z harmonogramem (maks. 5 pkt.);
1.2. Opis działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej - maks. 6 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (maks. 3 pkt);
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania (maks. 3 pkt)”
1.3. Identyfikacja przez Konsultanta potencjalnych obszarów ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę robót budowlanych - maks. 4 pkt.
1 punkt za każde właściwe zidentyfikowanie obszaru ryzyka wraz ze wskazaniem środka (lub środków) służącego do jego ominięcia lub zminimalizowania (maks. 4 pkt)

W ramach Podkryterium 2 - Zapewnienie przez Konsultanta organizacji pracy zespołu ocena tego podkryterium miała zostać dokonana w następujący sposób:
niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów - maks. 4 pkt.
1 punkt - za każdą propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów powołanych w celu (do) realizacji zamówienia (maks. 4 pkt);
2.2. Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe (nie dotyczy czasowych nieobecności w wyniku zwolnień lekarskich, urlopów itd.) - maks. 3 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe oraz za każdą dodatkową propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe (maks. 3 pkt);

2.3. Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta skuteczność przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego - maks. 3 pkt.
0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego;
1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego oraz za każdą propozycję działania wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego (maks. 3 pkt);

Oceniając działania odwołującego w ramach Podkryterium 1 pkt 1.2. - Opis działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w dokumentacji projektowej, wskazane przez Odwołującego w pkt 1.2. ppkt 1.2.2. (propozycje działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów) i ppkt 1.2.4 (działania w następstwie wykrycia błędów) „Metodyki", zamawiający przyznał wykonawcy TPF sp. z o.o. 0,8 pkt na maksymalnie 6 pkt (0,2 pkt na 3 możliwe za działania podjęte w celu wykrycia błędów oraz 0,6 pkt na 3 możliwe za działania podjęte w następstwie wykrycia błędów).

Jak wynika z karty indywidualnej oceny - kryterium Metodyka - Członkowie Komisji Przetargowej nie przyznali punktów odwołującemu za wskazane przez niego działania nr 1,2,3,4 (propozycje działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów). Z uzasadnienia sporządzonego przez komisję przetargową, wynika, iż brak przyznania punktów związany jest z faktem, iż działania te, chociaż zostały uzasadnione przez wykonawcę TPF Sp. z o.o., są działaniami objętymi obowiązkami wykonawcy wynikającymi z treści opisu przedmiotu zamówienia oraz umowy. Z analogicznych przyczyn Członkowie Komisji przetargowej nie przyznawali punktów odwołującemu w ramach Podkryterium 1 pkt 1.2. (w zakresie wymienionych przez niego działań podjętych w następstwie wykrycia błędów) oraz w ramach Podkryterium 1 pkt 1.3. (Identyfikacja przez Konsultanta potencjalnych obszarów ryzyka zgłoszenia roszczeń przez wykonawcę robót budowlanych). Z uzasadnienia przedstawionego przez Członków Komisji Przetargowej wynika, iż przyczyną braku przyznania punktów było wskazanie przez odwołującego działań stanowiących obowiązek wykonawcy w ramach umowy (Podkryterium 1 pkt 1.2) oraz nie wskazanie innych środków zapobiegawczych niż wymienione w SIWZ (Podkryterium 1 pkt 1.3).

W ocenie Izby należy zgodzić się z odwołującym, iż w świetle treści specyfikacji (rozdział 14 SIWZ Podkryterium 1 pkt 1.2.) zamawiający powinien przyznać punkt za każde działanie, jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania oraz za każde działanie jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania. Powyższe oznacza, iż punkty w tym podkryterium powinny być przyznane również w sytuacji gdy Metodyka załączona przez wykonawcę zawiera działania stanowiące wymienione z SIWZ obowiązki Konsultanta, jeżeli uzasadniono celowość tych działań.

Odwołujący słusznie zauważył, iż zamawiający obowiązany był przyznawać punkty za określone aktywności zgodnie z regułami, które sam określił w SIWZ. A zatem w sytuacji, gdy zamawiający miał przyznawać punkty za działania wymagane w SIWZ, bez wskazania, że chodzi o działania dodatkowe, takie punkty powinny być odwołującemu przyznane. Brak punktów nie może być tutaj usprawiedliwiany i uzasadniany tym, że ilość przyznawanych punktów wynikał z subiektywnej oceny poszczególnych członków komisji przetargowej. Bez względu na sposób, w jaki zamawiający zdecydował się dokonywać oceny wskazanego kryterium (na podstawie ilości punktów przyznawanych przez członków komisji przetargowej) przy jej dokonywaniu obowiązywały reguły określone w SIWZ. Postanowień tych nie zmieniał fakt, iż oceny dokonywali członkowie komisji indywidualnie.

Powyższe znajduje zastosowanie również w związku z nieprzyznaniem odwołującego punktów za działania w ramach Podkryterium 2.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70 1 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non,* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przepisu art. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Egis Poland Sp. z o.o. oraz wykonawców: konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w przypadku nieuwzględnienie powyższego, naruszenie art. 26 ust. 3 polegające na zaniechaniu wezwania tychże wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy.

Izba ustaliła, że w punkcie 7.2. ppkt 2 SIWZ zamawiający w następujący sposób dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia:
„Zamawiający dokona oceny spełniania przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający oceni zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który:

---

1) wykaże się wiedza i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat
przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacja co najmniej:
a) 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 150 min PLN brutto każde;
b) budowy lub przebudowy łącznie min. 3 obiektów mostowych każdy o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz:
- rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 30 m
lub
- długości obiektu co najmniej 180 m
2) wykaże się należytym wykonaniem usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach których wykonywana była usługa polegająca na pełnieniu nadzoru nad realizacją:

a) budowy lub przebudowy dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 150 min PLN brutto każda;
b) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 30 m;
c) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 180 m;

Jako należyte wykonanie zadań, o których mowa w ppkt 2 Zamawiający uzna wykazanie się przez Wykonawcę rzetelnością, kwalifikacjami, efektywnością i doświadczeniem przy ich realizacji rozumiana jako:
A. nie popełnienie przez Wykonawcę przy realizacji każdego z nich poważnego wykroczenia zawodowego rozumianego zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 jako zachowania Wykonawcy wskazujące na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony;
B. nie uchybianie zasadom wykonywania profesji poprzez działania lub zaniechania leżące po stronie Wykonawcy podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, rozumianego jako:
• powstanie szkody po stronie Zamawiającego, której Wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę odszkodowania, zwrot kosztów Zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,

• spowodowanie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego."

Wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. części B wykazu wykonanych usług nie wskazał usługi z dnia 15 maja 2010 r. Egis Poland Sp. z o.o. oraz Egis Router-Scetauroute S.A Oddział w Polsce zawarł umowę na Zarządzanie kontraktem: „Zarządzanie budową Autostrady A-1 Toruń - Stryków, na odcinku od Czerniewic do Kowala od km 151+850, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy naliczała na wykonawcę Egis Poland Sp. z o.o. oraz Egis Router-Scetauroute S.A Oddział w Polsce kary umowne.

Wykonawca konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. nie wskazał usługi konsorcjanta SGS Sp. z o.o. Dnia 20 sierpnia 2010 r. SGS Polska Sp. z o.o. działając w konsorcjum z firmą Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. zawarł umowę na Zarządzanie kontraktem: „Zarządzanie kontraktem: Budowa autostrady A-1 Toruń - Stryków, od km 215+850 do km 291+000, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót". Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi naliczała na tego wykonawcę kary umowne.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynika prowadzonego postępowania.

Z powyższego wynika, iż nie każde nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę w toku postępowania będą skutkowały wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, leczy tylko takie, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że informacjami takimi byłyby te informacje, które dotyczyłyby zamówień wskazanych w pkt. 7.2 ppkt SIWZ i które z kolei zostały wykonane w sposób wadliwy w rozumieniu specyfikacji.

Przyznając co do zasady rację odwołującemu, iż zatajenie informacji może być równoznaczne z podaniem nieprawdziwych informacji, Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw do uznania niewykazanych usług za takie, które zobowiązywałyby zamawiającego do wykluczenia wskazanych wykonawców z postępowania.

W toku postępowania przed Izbą zamawiający nie zaprzeczył, by wskazani wykonawcy obciążeni byli karami umownymi podczas realizacji kontraktów dla oddziałów zamawiającego w Bydgoszczy i w Łodzi, niemniej jednak odwołujący nie wykazał, iż kary te naliczane były z uwagi na popełnienie przez wykonawcę przy realizacji każdego z nich

poważnego wykroczenia zawodowego rozumianego zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie

C-465/11 jako zachowania Wykonawcy wskazujące na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony, względnie poprzez uchybianie zasadom wykonywania profesji poprzez działania lub zaniechania leżące po stronie wykonawcy podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, rozumianego jako:
• powstanie szkody po stronie zamawiającego, której wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę odszkodowania, zwrot kosztów zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,
• spowodowanie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego."

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 pojęcie „poważnego wykroczenia" należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiekolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.

Odwołujący jako dowody w sprawie złożył korespondencję prowadzoną z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi i w Bydgoszczy, w której potwierdzono fakt obciążenia wykonawców karami umownymi. Z dokumentów tych wszakże nie wynika, by okoliczności obciążenia karami umownymi stanowiły poważne wykroczenie w rozumieniu wskazanego wyżej wyroku. Odwołujący w szeregu pytań skierowanych do oddziałów nie umieścił jednak pytań o kwalifikację nienależytego wykonania umowy pod kątem uchybienia lub poważnego niedbalstwa. Zamawiającego nie zapytano również o to, czy doznał szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy przez wykonawców.

Powyższe uzasadnia stwierdzenie, iż odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, iż wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm ECMG GmbH i SGS Polska Sp. z o.o. podali nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w związku z czym Izba zarzuty w tym zakresie uznała za nieuzasadnione.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej przez

wykonawcę - konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner).

Izba ustaliła, iż cena oferty wykonawcy konsorcjum firm Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Lider) INTEGRAL Sp. z o.o. (partner) wynosiła 8 992 683,75 PLN brutto co stanowi 45,37 % kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia oraz 64,75 % średniej ceny wszystkich ofert (tj. grupy ofert o zbliżonych cenach).

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Drogowa Trasa Średnicowa SA w Katowicach i INTERGRAL Sp. z o.o. w Katowicach istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena w sposób znaczny odbiegają zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt: KIO 1531/14

Stanowisko odwołującego:

W dniu 25 lipca 2014 roku wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

- czynności zamawiającego polegającej na wyborze we wskazanym postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. oraz Mott MacDonald Limited, co jest wynikiem dokonania przez zamawiającego nieprawidłowej oceny złożonej przez tego wykonawcę oferty w zakresie kryterium oceny ofert „Metodyka", podkryterium 4;
- zaniechania dokonania przez zamawiającego oceny oferty złożonej przez odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem odwołującemu „0" punktów w podkryterium 4 oraz niewłaściwej ilości punktów podkryterium 2 kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty określonego w SIWZ jako „Metodyka", o czym odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego mu przez Zamawiającego mailem w dniu 15 lipca 2014r.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:
(1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ, co skutkowało przyznaniem odwołującemu « 0 » punktów w kryterium »Metodyka » podkryterium 4 « Jakość stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta" oraz niewłaściwej ilości punktów w kryterium « Metodyka » podkryterium 2 ;
(2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Mott w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ, co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy « 10 » punktów w kryterium »Metodyka » podkryterium 4 « Jakość stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta"',
(3) 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - poprzez dokonanie oceny ofert złożonych przez odwołującego oraz Konsorcjum Mott w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ.

W oparciu o przestawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:
(1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym w zakresie oceny ofert w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14.1 SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 15 lipca 2014r. drogą mailową otrzymał informację o dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Jako ofertę najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. oraz Mott MacDonald Limited, która - zgodnie z uzasadnieniem przedstawionym we wskazanym powyżej piśmie - otrzymała najwyższą ilość punktów stanowiących sumę

punktów przyznanych w ramach każdego z podanych kryteriów wyboru oferty, tj. 60% kryterium Cena, 40% kryterium Metodyka.

Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało także, że odwołujący otrzymał 53,18 pkt w kryterium Cena oraz 28,32 pkt (16 na 22,6) w kryterium Metodyka, co

dało mu łącznie 81,50 pkt.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z pkt 14.1 SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować
będzie kryteria:
1. Cena - 60% = 60 pkt
2. Metodyka - 40%=40 pkt.

Sposób przyznawania punktów w kryterium Metodyka został opisany przez zamawiającego w kolejnych postanowieniach pkt 14.1 SIWZ. I tak:

Kryterium „Metodyka" zostało podzielone przez zamawiającego na cztery podkryteria:
„Podkryterium 1: Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór, OPZ na nadzór oraz dokumentacją projektową -15 pkt,
Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta organizacji pracy zespołu - maksymalnie 10 pkt,
Podkryterium 3: Zapewnienie przez konsultanta szkoleń dla personelu Konsultanta (tj. co najmniej ekspertów kluczowych, innych ekspertów oraz ich asystentów) z zakresu znajomości warunków umowy na nadzór i Kontraktu na roboty budowlane, a także zmieniających się powszechnie obowiązujących przepisów prawa w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych związanych z realizacją umowy na nadzór i Kontraktu na roboty budowlane oraz z zakresu aktualnego stanu faktycznego na Kontrakcie w odniesieniu do warunków umowy i dokumentacji projektowej - maksymalnie 5 pkt
Podkryterium 4: Jakość stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta - maksymalnie 10 pkt."

W ramach Podkryterium 4 Zamawiający przewidział możliwość przyznania punktów w skali od 0 do 10, przy czym „każda z przedstawionych wymaganych 3 analiz będzie oceniana odrębnie w oparciu o przedstawiony w niej zakres informacji oraz ich zgodność z obowiązującym stanem prawnym. 6 punktów za sporządzenie 3 analiz zawierających zbadanie, w oparciu o informacje zawarte w case study, przesłanek skorzystania lub braku możliwości skorzystania z opisywanego rozwiązania wraz z ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

Po dokonaniu przez Wykonawcę Wyboru rozwiązania będącego wynikiem ww. analiz tj. wskazania trybu, w jakim powinno być udzielone zamówienie z case study – zamówienie uzupełniające/zamówienie dodatkowe/polecenie zmiany) oferta Wykonawcy może

dodatkowo otrzymać następujące punkty: 4 punkty za minimum 5 wybranych przykładów z kontroli, wyroków sądów powszechnych, Wytycznych w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach POiIŚ lub piśmiennictwa potwierdzającego zasadność wyboru danego rozwiązania.

Analiza odwołująca sie do niewłaściwych przesłanek formalnych, bądź prawnych lub zawierająca błędy formalne, bądź prawne skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt. w podkryterium (...). "

Odwołujący otrzymał w toku oceny swojej oferty następującą ilość punktów w poszczególnych podkryteriach kryterium Metodyka:
za podkryterium 1 - 4,2 pkt (wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - 2,6),
za podkryterium 2-6,8 pkt (wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - 3,2),
za podkryterium 3 - 5 pkt (wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - 5),
za podkryterium 4 - 0 pkt (wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - 10).

Jak wynika z powyższego, odwołujący otrzymał za kryterium Metodyka jedynie 16 pkt z uwagi na okoliczność, iż przedstawiona przez niego w ofercie analiza przypadku opisanego w case study opisanego w pkt 14.1 SIWZ (podkryterium 4) została oceniona na „0" punktów. Z oceną dokonaną przez zamawiającego w zakresie tego podkryterium odwołujący się nie zgodził.

Po pierwsze, odwołujący zaznaczył, że analiza sporządzona przez odwołującego oparta została na wszechstronnej analizie stanu faktycznego opisanego w case study, przy czym z uwagi na dość ogólnikowy opis tegoż stanu faktycznego wykonawca w celu dokonania możliwie najpełniejszej oceny prawnej przyjmował w swojej analizie pewne założenia, których spełnienie lub nie warunkowało ocenę prawną zdarzeń opisanych w SIWZ. Każde z tych założeń zostało w analizie opisane, jak również wskazano skutki prawne

zaistnienia takiego założenia dla stanu faktycznego opisanego w case study.

Jednocześnie autorzy analizy poczynili zastrzeżenie, iż ostateczny wybór trybu udzielenia zamówienia opisanego w case study - zamówienie uzupełniające/zamówienie dodatkowe/polecenie zmiany – byłby warunkowany właśnie oceną szeregu okoliczności faktycznych towarzyszących sprawie, a nie ujętych w opisie case study. Jak pokazuje bowiem doświadczenie to właśnie te szczególne okoliczności mogą przesądzać, czy w danym stanie faktycznym spełnione są wszystkie przesłanki związane ze skorzystaniem z danego trybu (np. czy dane zdarzenie ocenić należy jako możliwe do przewidzenia przez zamawiającego, czy dana robota była lub powinna być ujęta w opisie przedmiotu zamówienia itd.). Nadto analizy te zostały poparte bogatym orzecznictwem i zaprezentowaniem stanowisk przedstawicieli doktryny, które niejednokrotnie prezentowały dwa skrajnie przeciwne podejście do analizowanej kwestii (np. wskazane w analizie rozbieżności orzecznictwa i doktryny odnoszących się do ustalenia, co jest przedmiotem

zamówienia w robotach budowlanych). W takich przypadkach autorzy analizy wskazywali, który ze sprzecznych poglądów doktryny i orzecznictwa przyjęli za podstawę dokonywanej analizy i z jakich przyczyn.

W tej sytuacji nie sposób przyjąć, by analizy dokonane przez odwołującego miały charakter ogólny, pobieżny, czy też sprowadzały się jedynie do przytoczenia obowiązujących przepisów prawa. Stwierdzenie to jest o tyle istotne, o ile Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała wielokrotnie, że przygotowanie przez wykonawcę analizy, o której mowa, w taki właśnie sposób uzasadnia przyznanie mu „0" punktów w kryterium „Metodologia" (por. wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014r., sygn. akt KIO 1059/14). W innych sytuacjach - poza przypadkiem opisanym w SIWZ jako: „analiza odwołująca się do niewłaściwych przesłanek formalnych, bądź prawnych lub zawierająca błędy formalne bądź prawne skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt w podkryterium", ocena analizy nie może sprowadzać się do przyznania wykonawcy w tym podkryterium „0" punktów.

Odwołujący podkreślił, że w podobny sposób opracowuje wszystkie analizy case study wymagane na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez zamawiającego (GDDKiA), które każdorazowo oceniane są przez zamawiającego na bardzo wysokim poziomie.

Odwołujący wskazał przykładowo ocenę analizy case study dokonaną przez Oddział Rzeszowski GDDKiA w przetargu na: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) - Strobienia". Innymi słowy, sam zamawiający wielokrotnie potwierdził, dokonując oceny ofert odwołującego, że sposób opracowywania przez odwołującego analiz case study jest poprawny i zadowalający.

Odwołujący podkreślił, że możliwość dokonania wszechstronnej analizy case study wynikała z faktu, iż autorami analizy zawartej w ofercie byli radcowie prawni, którzy dysponują bogatym doświadczeniem zawodowym w sprawach z zakresu zamówień publicznych i robót budowlanych. Doświadczeniem takim, choć nie wynikającym ze świadczenia usług prawnych, a właśnie wykonywaniem usług nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych, dysponuje także sam odwołujący, który na bazie tego doświadczenia z łatwością mógł ocenić, jakie okoliczności faktyczne są okolicznościami „przewidywalnymi" w realiach prowadzonych w Polsce procesów budowlanych, jakie roboty budowlane mieszczą się lub powinny mieścić się w opisie przedmiotu zamówienia, jakie roboty w stosunku do robót objętych przedmiotem zamówienia maja charakter podobny.

Po drugie, case study wskazane w SIWZ opracowane zostało przez Centralę Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i wykorzystywane było przez różne Oddziały GDDKiA organizujące przetargi na tego typu usługi, jak usługa opisana w przedmiocie

zamówienia. W szczególności praktycznie identyczne (różnica sprowadzał się do wskazania odmiennej daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) case study zawarte zostało w zapisach SIWZ przetargu na: „Zarządzanie Kontraktem: „Dokończenie

budowy autostrady A1 na odcinku: granica województwa kujawsko - pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków od km 230+817 do km 295+850 - zadanie II, odcinek 2 od węzła Sójki - do węzła Piątek (z węzłem) od km 245+800 do km 273+400, sekcja 1 - od km 245+800 do km 261+00CT,w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót" zorganizowanego przez Oddział Gdański GDDKiA. Odwołujący brał udział w tym postępowaniu i w ofercie złożył identyczna analizę case study do tej złożonej w niniejszym postępowaniu. Analiza ta oceniona została przez GDDKiA O. Gdańsk - przy identycznych zapisach SIWZ odnoszących się do kryterium oceny ofert „metodyka" - na maksymalna ilość punktów (10 pkt), a co za tym idzie w ocenie zamawiającego poprawny był zarówno dobór argumentów zawartych w analizie, ocena prawna stanu faktycznego opisanego w case study, jak i „poprawność" rekomendacji odwołującego odnośnie trybu udzielenia zamówienia - zamówienie uzupełniające/zamówienie dodatkowe/polecenie zmiany.

Odwołujący stwierdził, iż mając na uwadze powyższe, nie sposób przyjąć, by ten sam zamawiający – reprezentowany przez różne oddziały - w sposób skrajnie odmienny oceniał tą samą analizę (analizę zawierającą te same rekomendacje), odnoszącą się do takiego samego opisu case study i złożoną w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opartych na praktycznie identycznych zapisach SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu, o którym mowa, ofertę złożył także wykonawca, którego oferta została uznana w niniejszej sprawie za ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający - GDDKiA Oddział w Gdańsku w zakresie kryterium Metodyka podkryterium 4 « Jakość stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta" - jak można przypuszczać za identyczną analizę, jak ta złożona w niniejszym postępowaniu - przyznał Konsorcjum Mott „0" punktów. Prawidłowość dokonania takiej oceny oferty Konsorcjum Mott została potwierdzona stosownym wyrokiem Izby (sygn. akt KIO 1059/14).

Odnosząc się do powyższego odwołujący wskazał, że udzielenie zamówienia, do którego odnosi się stan faktyczny opisany w case study, może nastąpić - co oczywiste w świetle odmiennych i w zasadzie „konkurencyjnych" przesłanek udzielenia zamówienia uzupełniającego, zamówienia dodatkowego i wydania polecenia zmiany - wyłącznie w jednym ze wskazanych trybów. W tej sytuacji odwołujący stwierdził, iż wobec lakoniczności opisu stanu faktycznego opisanego w case study i wskazanych przez odwołującego w analizie zastrzeżeń, za prawidłową należało przyjąć rekomendację wskazaną w jego ofercie.

Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, że rekomendacja (wybór jednego z trybów udzielenia zamówienia) zawarta w analizie odwołującego była w ocenie

zamawiającego nieprawidłowa, to i tak obowiązkiem zamawiającego było dokonanie oceny każdej z 3 analiz składających się na analizę odwołującego jako taką i przyznanie poszczególnym analizom stosownej liczby punktów. Przyjęcie jednej z rekomendacji nie oznacza bowiem jeszcze, że dwie pozostałe analizy dokonane są nieprawidłowo, czy w oparciu o niewłaściwe przepisy prawa.

Zamawiający wskazał w pkt 14.1 SIWZ, że .Analiza odwołująca sie do niewłaściwych przesłanek formalnych bądź prawnych lub zawierająca błędy formalne bądź prawne skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt w podkryterium. Odwołujący stwierdził, iż w niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by analiza odwołującego odwoływała się do niewłaściwych przesłanek formalnych, bądź prawnych. Analiza oparta była na właściwych przepisach prawa i we właściwy sposób wskazane zostały przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia. Odwołujący różni się od zamawiającego co do oceny skutków prawnych jednego zdarzenia faktycznego, niemniej nie jest to sytuacja równoznaczna z popełnieniem przez wykonawcę „błędu" formalnego, bądź prawnego. Dokonując wykładni wskazanego zapisu SIWZ trzeba mieć na względzie okoliczność, iż zamawiający w jednym z wcześniejszych zapisów SIWZ wskazał, że „każda z przedstawionych wymaganych 3 analiz będzie oceniana odrębnie w oparciu o przedstawiony w niej zakres informacji oraz ich zgodność z obowiązującym „stanem prawnym". Dokonanie odrębnej oceny każdej z analiz odnoszących się do możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego, możliwości udzielenia zamówienia dodatkowego i wydania polecenia zmiany byłaby niemożliwa, jeżeli przyjęcie w wyniku tych analiz niewłaściwej rekomendacji miałoby automatycznie skutkować przyznaniem „0" punktów. Wskazane „tryby" udzielenia zamówienia są względem siebie w zasadzie konkurencyjne, tj. w razie przyjęcia, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia

dodatkowego, niemożliwe będzie udzielenie zamówienia uzupełniającego i wydanie polecenia zmiany i odwrotnie, z kolei przyjęcie dopuszczalności wydania polecenia zmiany wyklucza możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki (zapisy SIWZ wskazywały, że należy dokonać „wyboru" jednego z trybów, a co za tym idzie, z założenia analiza nie mogła prowadzić do wniosku, że żaden z tych trybów nie jest dopuszczalny w ocenie zamawiającego).

Kierując się więc założeniem o racjonalności zapisów SIWZ, jak i zasadą, iż zapisy SIWZ nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej na niekorzyść wykonawcy na etapie dokonywania oceny ofert nie sposób przyjąć, że błąd formalny, błąd prawny, czy odwołanie się do niewłaściwych przesłanek formalnych, prawnych jest równoznaczne z taką sytuacją, że wykonawca wskazał niewłaściwą - zdaniem zamawiającego - rekomendację.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na specyfikę usług prawnych „Jakość stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta", a przecież takie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty funkcjonuje w niniejszym

postępowaniu - oceniać należy także przez pryzmat sposobu doboru argumentacji prawnej oraz sposobu dowodzenia swych racji, zwłaszcza jeśli uwzględni się brak stałości linii orzeczniczej sądów i innych organów orzekających w tego typu sprawach. Tego typu ocena jest właśnie możliwa w ramach odrębnej oceny każdej z 3 analiz. Odwołujący stwierdził w konsekwencji, że rekomendacja odwołującego zawarta w analizie jest prawidłowo - przy stosownej przez zamawiającego „0-1" metodzie oceny ofert - oznacza, że niezasadnie przyznano Konsorcjum Mott w zakresie tego podkryterium maksymalną ilość punktów. Wykonawca ten powinien za jedną ze sporządzonych analiz otrzymać 0 punktów, a pozostałe winny być ocenione odpowiednio do „jakości" sporządzonego opracowania.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż zamawiający błędnie ocenił także jego metodykę w zakresie podkryterium 2 - Zapewnienie przez Konsultanta organizacji pracy zespołu, przy czym błąd ten dotyczy w szczególności punktu 2.2 - Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe (nie dotyczy czasowych nieobecności w wyniku zwolnień lekarskich, urlopów itd.)

Za Metodykę odnoszącą się do punktu 2.2 odwołujący otrzymał łącznie 1,8 pkt na 3 punkty możliwe, podczas gdy za identyczne rozwiązania przedstawione w Metodyce do przetargu na: „Zarządzanie Kontraktem: „Dokończenie budowy autostrady A1 na odcinku: granica województwa kujawsko - pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków od km 230+817 do km 295+850 - zadanie II, odcinek 2 od węzła Sójki - do węzła Piątek (z węzłem) od km 245+800 do km 273+400, sekcja 1 - od km 245+800 do km 261 +000'. W tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót" zorganizowanego przez Oddział Gdański GDDKiA odwołujący otrzymał maksymalną liczbę punktów (wraz z uzasadnieniem, że Egis zaproponowała dodatkowe rozwiązania wykraczające poza rozwiązania standardowe wskazane w SWIZ). Co istotne, zapisy SIWZ w obu tych postępowaniach w zakresie, jakie dotyczy omawiany punkt Metodyki, były identyczne.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 sierpnia 201 roku oświadczył, że uznaje zarzuty odwołania w całości.

Wobec wniesienia sprzeciwu przez przystępujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited wobec uwzględnienia zarzutów odwołania faktyczny spór toczył się pomiędzy odwołującym i wskazanymi przystępującymi.

Stanowisko przystępujących Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited:

Przystępujący Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited w piśmie

procesowym z dnia 5 sierpnia 2014 roku podnieśli, że przyjęcie automatyzmu w postaci „przejmowania" oceny metodyk z poprzednich postępowań sprzeciwiałoby się art. 7 ust. 2 ustawy Pzp nakazującej bezstronność i obiektywizm. To, że zamawiający w innym postępowaniu wysoko ocenił opracowanie metodyki przez odwołującego, nie oznacza, że nie poczynił wówczas pomyłki. Przystępujący zaprzeczyli tożsamości metodyk i opracowań metodyk podawanych przez Egis jako przykłady na błędną ocenę ofert przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie ponowną oceną ofert w postępowaniu, co może zmienić ranking ofert ustalony w wyniku unieważnionej oceny.

Izba podtrzymuje swoje twierdzenia i argumentację wyrażoną w części uzasadnienia dotyczącej rozpoznawania zarzutów w zakresie przyznawania punktów w kryterium „Metodyka" wykonawcy TPF sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 1518/14) i uznaje je za adekwatne również wobec niniejszego odwołania.

Izba co do zasady zgadza się, iż fakt uzyskania przez wykonawcę danej ilości punktów w innym postępowaniu w analogicznym kryterium będącym przedmiotem indywidualnej oceny poszczególnych członków komisji przetargowej nie jest sam w sobie podstawą do takiej samej oceny w innym postępowaniu. Wynika to wszakże z tego, iż Izba w przedmiotowym postępowaniu nie badała prawidłowości oceny ofert w postępowaniach prowadzonych przez inne oddziały zamawiającego. Izba nie jest również związana ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez inny skład Izby w innym postępowaniu z uwagi na brak podstawy prawnej do takiego związania. Na marginesie jednakże Izba zaznacza, iż w sytuacji, gdy postępowania prowadzi ten sam zamawiający i przygotowuje w każdym z nich jednakowe specyfikacje, pożądanym byłoby, by oceny identycznych ofert w tych postępowaniach nie odbiegały od siebie w sposób rażący. W przeciwnym przypadku godzi to

w zaufanie wszystkich uczestników obrotu gospodarczego wobec podmiotów obowiązanych stosować ustawę Pzp przy udzielaniu zamówień, w tym zwłaszcza wobec zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu Izba uznała zasadność zgłoszonych zarzutów. Z uwagi na zastrzeżenie przez wykonawców biorących udział w postępowaniu części ofert obejmujących „Metodykę" jako tajemnicy przedsiębiorstwa szczegółowa analiza punktacji w zakresie każdej czynności wykonawcy w niniejszym uzasadnieniu nie możliwa. Niemniej jednak Izba podziela stanowisko odwołującego, iż zamawiający dokonał oceny jego oferty w kryterium „Metodyka" w podkryteriach 2 i 4 z naruszeniem zasad przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wskazuje też na lakoniczność uzasadnień przyznawanych punktów przez poszczególnych członków komisji, co uniemożliwia wykonawcy zapoznanie się z zarzutami kierowanymi w niektórych przypadkach wobec jego oferty. Zastrzeżenia Izby budzą także istotne rozbieżności w ocenie oferty przez członków komisji, tzn. przyznawanie różnych ilości punktów za te same czynności, mimo, że sposób przyznawania punktów został sprecyzowany w SIWZ.

W związku z uwzględnieniem odwołania Izba nakazała zamawiającemu dokonanie m.in. ponownej oceny ofert. Ponowna ocena powinna uwzględniać postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nakazanie takie konsumuje tym samym zarzuty skierowane do oferty złożonej przez przystępujących Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……