

WYROK

z dnia 26 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 stycznia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. przez wykonawcę CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59

Poznań Główny - Szczecin Dąbie” Część 1 od km 0,000 do km 53,500 oraz część 3 od km 128,680 do km 195,170, Nr projektu 2014-PL-TMC-0198-W.

W dniu 8 stycznia 2018 r. wykonawca CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2d, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art.

87 oraz art. 7 Ustawy Pzp poprzez ustanowienie w ramach Kryterium 3 - Metodologia, „Podkryterium PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu (15 pkt)” - w sposób:

- a) pomijający możliwość wystąpienia wypadków losowych, uniemożliwiających odbycie rozmowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (punktacja „0 - w przypadku braku stawiennictwa osoby dedykowanej na wyznaczony termin - niezależnie od przyczyn”),
- b) dokonujący wysoce nieostrych i silnie rozstawionych na skali ocen (0,5 pkt za odpowiedź „niepełną”, 1,5 pkt za odpowiedź „pełną”),
- c) powodujący całkowitą dowolność Zamawiającego w ocenie odpowiedzi - brak wskazania pytań, które zostaną zadane i szczegółowego sposobu oceniania,
- d) prowadzący do kształtowania treści oferty w zakresie podlegającym ocenie po upływie terminu do jej składania.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikacji treści SIWZ poprzez usunięcie „Podkryterium PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu (15 pkt)” w ramach Kryterium 3 - Metodologia;

ewentualnie:

- 2) modyfikacji „Podkryterium PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu (15 pkt)” w ramach Kryterium 3 - Metodologia poprzez:

- a) uwzględnienie możliwości wystąpienia wypadków losowych, uniemożliwiających odbycie rozmowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i możliwości przesunięcia terminu rozmowy lub wyznaczenie terminu rozmowy w ogłoszeniu o zamówieniu,
- b) wprowadzenie co najmniej 5 stopniowej skali ocen,
- c) opublikowanie pytań, które zostaną zadane (lub zestawu pytań, z którego będą pochodzić zadawane pytania) i szczegółowego sposobu oceniania odpowiedzi (lub wzorcowych odpowiedzi).

Odwołujący podniósł, iż ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp, wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia i chce ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazał, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, która zostanie prawidłowo oceniona i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący podniósł także, że wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów Ustawy Pzp przez Zamawiającego mogą mieć istotny na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp, gdyż efektem naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Ustawy Pzp, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podnoszone zarzuty Odwołujący wskazał, iż jako jedno z pozacenowych

kryteriów oceny, o wadze 30% Zamawiający ustanowił kryterium „metodologia,” w skład którego wchodzi zaskarżone podkryterium - o wadze 15 pkt na 30 możliwych, a zatem faktycznie o wadze 15% w całości postępowania. W ocenie Odwołującego zaskarżone podkryterium, w sposób w jaki zostało ujęte w dokumentacji postępowania jest:

a) określone w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, poprzez przyznanie 0 pkt w tym podkryterium „w przypadku braku stawienia osoby dedykowanej na wyznaczony termin - niezależnie od przyczyn.” Odwołujący wskazał, że wykonawca nie jest w stanie z żadną dokładnością określić choćby prawdopodobnego terminu, na który zostanie wezwana dedykowana osoba. Wezwanie takie jest dokonywane przez Zamawiającego z 5-dniowym wyprzedzeniem, co może być niewystarczające, np. w sytuacji przebywania takiej osoby na standardowym, dwutygodniowym urlopie dla zapewnienia stawienia na wyznaczony termin konieczne by było jego przerwanie i nieplanowany powrót, podobnie w sytuacji choroby, czy innego zdarzenia losowego (np. wypadku komunikacyjnego) - Wykonawca zostanie pozbawiony 15% oceny oferty z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający nie podał żadnego terminu, w którym takie rozmowy się odbędą, ani żadnych narzędzi umożliwiających jego choćby przybliżone określenie. W tym zakresie powołał się na postępowanie, którego dotyczył wyrok KIO 1630/14, w którym Zamawiający wyznaczył termin egzaminu już w SIWZ.

b) określone w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający sprawdzenie przez wykonawców. Zamawiający bowiem posłużył się bardzo lakonicznymi stwierdzeniami w zakresie punktacji oceny:

„0,5 - udzielono niepełnej odpowiedzi na zadane pytanie

1.5 - udzielono pełnej odpowiedzi na zadane pytanie,

2.5 - temat został omówiony w sposób wyczerpujący w zakresie przedstawionego zagadnienia z podaniem innowacyjnych rozwiązań w zakresie zadanych pytań”

co prowadzi do wniosku, że za odpowiedź w 10% wyczerpującą zadane pytanie ocena będzie identyczna jak za odpowiedź wyczerpującą zadane pytanie w 90% - tj. 0,5 pkt, zaś pomiędzy odpowiedzią wyczerpującą zadane pytanie w 90% a w 100% różnica wynosić będzie 1 pkt. W ocenie Odwołującego skala powyższa wykazuje nieco podobieństwa do typowej skali ocen szkolnych 1-6, przy czym została spłaszczona do trzech ocen - w ramach oceny „0,5 pkt” zawierają się oceny szkolne 2-4, ocena „1,5 pkt” odpowiada ocenie 5, a ocena „2,5 pkt” odpowiada ocenie 6. Skala zatem została mocno spłaszczona, z naciskiem na koniec skali (w tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 18 października 2017 r., KIO 2045/17). Zastosowanie tak spłaszczonej skali zdaniem Odwołującego w istocie uniemożliwia dokonanie rzetelnej oceny odpowiedzi, prowadzi w istocie do oceny binarnej. W treści SIWZ całkowicie brak danych pozwalających wykonawcy na zidentyfikowanie, na jakiej podstawie będzie dokonywana ocena. W szczególności wykonawca nie jest w stanie uzyskać wiedzy, jakie cechy i właściwości oferowanego przez niego przedmiotu będą uznane za pozwalające na uzyskanie wysokiej pozycji w ramach porównania ofert (Odwołujący przywołał wyrok KIO w sprawie o sygn. akt 1630/14).

c) oceną dowolną, w istocie bez żadnego kryterium do którego mógłby się wykonawca odnieść. Istotą możliwości przygotowania najkorzystniejszej oferty w ramach uczciwej konkurencji jest precyzyjna znajomość kryteriów, którymi będzie się posługiwał oceniający ofertę. W niniejszym przypadku nie wiadomo jakie pytania będą zadawane i jakie elementy odpowiedzi będą wymagane do uznania odpowiedzi za pełną czy omówioną w sposób wyczerpujący w zakresie przedstawionego zagadnienia z podaniem innowacyjnych rozwiązań w zakresie zadanych pytań, co prowadzi do wniosku, że nie mamy do czynienia z oceną ofert wg określonych kryteriów, a z egzaminowaniem w sposób dowolny przez Zamawiającego osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu. Odwołujący wskazał, iż na problem braku obiektywizmu takiej oceny zwracała uwagę Izba w wyroku KIO 1630/14.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zasadą obowiązującą w Pzp jest niezmiennosc treści oferty po jej złożeniu. W niniejszym postępowaniu dochodzi do konstytuowania się treści oferty po upływie terminu do jej złożenia - nie jest bowiem oceniany materiał zawarty w treści oferty, a prowadzona jest po terminie składania ofert rozmowa, która w zasadniczy sposób wpływa na ocenę oferty. Odwołujący podniósł także, że nie sposób tę „rozmowę” określić jako prezentację bądź próbkę, gdyż metodologia nie jest elementem zamówienia, a narzędziem, którym będzie posługiwał się wykonawca w trakcie jego realizacji. Również zastrzeżenie, że wszystkim osobom zostaną zadane te same pytania nie uwzględnia możliwości przyjęcia odmiennych metodologii, co będzie prowadzić do nieadekwatności pytań do treści oferty.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, iż wprowadzenie do dokumentacji bazowej postępowań na świadczenie usługi nadzoru kryterium rozmowy z Inżynierem Projektu było wynikiem postulatów zgłaszanych przez wykonawców (m.in. na Forach Inwestycyjnych na potwierdzenie czego podczas rozprawy Zamawiający złożył notatki z posiedzeń Grup Roboczych z dnia 18 sierpnia 2016 r. i 19 października 2016 r.) a ustanowienie przedmiotowego kryterium miało na celu zmianę dotychczasowego podejścia inżynierów budownictwa względem doboru osób realizujących zlecenie. Zamawiający poinformował, iż w praktyce zdarza się, że osoby wskazywane w ofertach jako osoby posiadające znaczne doświadczenie oraz kompetencje na etapie realizacji zamówienia miały problemy ze zidentyfikowaniem ryzyk oraz niwelowaniem skutków zaistniałych sytuacji. W celu zmniejszenia ryzyka zaistnienia tego rodzaju sytuacji do dokumentacji bazowej zostało wprowadzone kryterium, w którym ocena osób delegowanych do realizacji zamówienia będzie dokonywana na podstawie bezpośredniej rozmowy z członkami komisji przetargowej. Zamawiający podkreślił również, iż ww. kryterium otrzymało pozytywną ocenę Centrum Unijnych Projektów Transportowych, a podczas rozprawy złożył dokument z dnia 20 września 2017 r. potwierdzający brak zastrzeżeń w ww. zakresie. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż w licznych innych postępowaniach prowadzonych z wykorzystaniem przedmiotowego kryterium wykonawcy nie składali odwołań co do zasadności tak ustanowionego kryterium.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niemożliwości usprawiedliwienia niestawiennictwa na rozmowie Zamawiający wskazał, iż w dniu 22 stycznia 2018 r. dokonał zmiany SIWZ, która zakłada, iż rozmowy z Inżynierami Projektu zostaną wyznaczone w terminie 30 dni od dnia terminu składania ofert, a każdy z wykonawców zostanie poinformowany o ww. terminie z 7-dniowym wyprzedzeniem. W ocenie Zamawiającego ww. zmiana czyni zadość oczekiwaniom Odwołującego oraz umożliwi mu zapewnienie dostępności osób dedykowanych do realizacji zadania w ww. czasie. Zamawiający wskazał, iż dopuszczenie możliwości usprawiedliwienia nieobecności osoby dedykowanej do przeprowadzenia rozmowy oraz możliwość wyznaczenia dodatkowego terminu niesie za sobą ryzyko wystąpienia działań patologicznych noszących znamiona zmywu przetargowej - tj. możliwości przekazywania informacji na temat pytań oraz zakresu zagadnień poruszanych podczas ww. rozmowy. Zamawiający podkreślił również, iż w świetle niematerialnego kryterium oceny ofert dopuszczenie możliwości wyznaczenia dodatkowego terminu rozmowy będzie rodzić wątpliwości w jaki sposób traktować ww.

sytuacje względem formułowanego w orzecznictwie KIO poglądu o niedopuszczalności zmiany/uzupełnienia dokumentów składanych w ramach kryterium oceny ofert. Kolejnym zagadnieniem budzącym wątpliwości Zamawiającego jest okoliczność, w jaki sposób i na podstawie jakich kryterium Zamawiający zobowiązany byłoby oceniać czy wyjaśnienia dotyczące przyczyn niestawiennictwa danej osoby były wystarczające oraz ocenić, iż są one wiarygodne - ocena w tym zakresie obarczona byłaby znaczną dozą subiektywizmu. Dodatkowo dopuszczenie możliwości „przywracania” terminu rozmowy mogłoby umożliwić wykonawcom wpływanie na długość czasu prowadzonego postępowania. Przykładowo wykonawca niezadowolony ze swojej sytuacji w postępowaniu w celu uniemożliwienia konkurentom pozyskania zamówienia miałby możliwość usprawiedliwiania nieobecności inżynierów, a postępowanie w takiej sytuacji mogłoby ulec znacznemu wydłużeniu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zastosowanej przez Zamawiającego skali ocen, Zamawiający podniósł, iż dokonanie zmiany SIWZ w sposób zgodny z żądaniem Odwołującego (wprowadzenie 5-stopniowej skali ocen) będzie działaniem przeczącym istocie oraz celowi ustanowionego kryterium. Zamawiający wskazał ponadto, iż żaden z przepisów obowiązującego prawa nie ustanawia wymogów czy też wytycznych co do sposobu przyjętej punktacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert o ile wykorzystywane przez Zamawiającego rozwiązanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w tym zakresie powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. w sprawie XIX Ga 468/10 oraz wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 43/17. Z uwagi na brak wyraźnych dyspozycji wynikających z przepisów prawa co do kształtowania opisu oceny ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w ocenie Zamawiającego nie sposób przypisać mu naruszenia Ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż ukształtowana skala ocen nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a sposób oceny ofert został opisany w sposób dokładny, czego w żaden sposób nie kwestionuje Odwołujący. Zamawiający podkreślił także, że każda rozmowa z inżynierem w przypadku każdego z wykonawców będzie podlegała ocenie na podstawie tych samych zasad, a członkowie komisji przetargowej na podstawie wytycznych z IDW będą zobowiązani do przyznawania punktów na podstawie ww. skali. Zamawiający wskazał również, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, wprowadzenie dodatkowej punktacji, nie wpłynie na możliwość dokonania oceny ofert w sposób bardziej miarodajny. Wręcz przeciwnie - dodatnie dodatkowych wartości do skali będzie skutkowało, iż ocena ofert w tym zakresie będzie miała charakter bardziej subiektywny, gdyż będzie

umożliwiało członkom komisji przyznanie liczby punktów w oparciu o własne odczucia czy założenia - w przypadku „spłaszczonej” skali ocen takie zjawisko nie będzie miało miejsca.

Odnosząc się do zarzutu nieudostępnienia wykonawcom pytań, które zostaną zadane podczas rozmowy z Inżynierem Projektu. Zamawiający wskazał, iż z SIWZ-IDW wynika zakres tematyki rozmowy z Inżynierem Projektu: „W Podkryterium oceniana będzie bezpośrednia rozmowa osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu z Komisją Przetargową wyznaczoną przez Zamawiającego na temat wskazanych w metodologii ryzyk, sposobu im zapobiegania oraz znajomości przedmiotu zamówienia.” Zdaniem Zamawiającego udostępnienie wykonawcom pytań na etapie postępowania o udzielenie zamówienia będzie przeczyć istocie ustanowionego kryterium oraz spowoduje, iż przedmiotowe kryterium będzie miało charakter iluzoryczny oraz formalny. Zauważenia bowiem wymaga, iż przekazanie wykonawcom zakresu zagadnień umożliwi każdej z osób dedykowanych do rozmowy kompleksowe przygotowanie się („wyczerpiecie się” odpowiedzi) - zatem w ocenie Zamawiającego istnieje możliwość założenia, iż każdy z wykonawców w ramach przedmiotowego kryterium uzyska maksymalną liczbę punktów. Celem ustanowienia przedmiotowego kryterium było premiowanie wykonawców, którzy dysponują wykwalifikowanym oraz posiadającym znajomość branży inżynierem projektu. Z posiadanego przez Zamawiającego doświadczenia wynika, iż wielokrotnie inżynierowie projektu wskazywani w ofertach wykonawców jako osoby posiadające znaczne doświadczenie oraz legitymujące się odpowiednimi kompetencjami na etapie realizacji inwestycji nie wypełniali swoje obowiązku w sposób spełniający oczekiwania Zamawiającego.

W zakresie zarzutu możliwości zmiany treści ofert po terminie ich złożenia Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie podjął w uzasadnieniu odwołania próby uargumentowania ww. stanowiska. Zamawiający podkreślił, iż rozmowa z Inżynierem Projektu będzie odbywała się w ramach podkryterium kryterium „Metodologia” i będzie dotyczyła w głównej mierze zdefiniowanych przez wykonawców ryzyk opisanych opracowaniu dołączonym do oferty zawierającym identyfikację ryzyk związanych ze sprawowanym nadzorem inwestorskim oraz propozycję powstrzymania ich wystąpienia/minimalizacji negatywnych skutków ich wystąpienia. Dlatego też kryterium rozmowa z Inżynierem Projektu może zostać porównana do kryterium próbki systemu informatycznego. Zarówno w ww. przypadku kryterium Metodologii jak i w kryterium próbki systemu wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia są zobowiązani dołączyć do oferty odpowiednio - próbkę systemu oraz opracowanie ryzyk. W obu sytuacjach Zamawiający wyznacza termin przeprowadzenia prezentacji systemu/rozmowy z Inżynierem Projektu, na którym dokonuje oceny ofert na podstawie przyjętych kryteriów. W tym kontekście Zamawiający powołał się na wyroki KIO 506/15 oraz KIO 1630/14. Zamawiający wskazał, iż rozmowa z Inżynierem Projektu nie będzie prowadziła do zmiany treści oferty po dacie jej złożenia, ale będzie stanowiła weryfikację oświadczeń oraz informacji zawartych w ofercie. Analogicznie jak w przypadku próbki systemu jedyną możliwością sprawdzenia informacji dotyczących kompetencji wskazanych w ofercie osób jest przeprowadzenie bezpośredniej rozmowy „na żywo” z członkami komisji przetargowej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również złożone przez Zamawiającego na rozprawie: pismo Centrum Unijnych Projektów Transportowych z dnia 20 września 2017 r. wraz z informacją pokontrolną oraz notatki z posiedzenia Forum Inwestycyjnego Grupy Roboczej Inżynier z dnia 18 sierpnia 2016 r. oraz 19 października 2016 r. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego przedstawione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, jak również złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy

w dniu 23 stycznia 2018 roku. Strony postępowania na rozprawie podtrzymały w całości twierdzenia prezentowane w złożonych pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia publicznego jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E59 Poznań

Główny - Szczecin Dąbie” zakres 1 - część 1 od km 0,000 do km 53,500 oraz zakres 2- część 3 od km 128,680 do km 195,170. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2017 r. pod numerem 2017/S 247-521101. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu i Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na swojej stronie internetowej w dniu 27 grudnia 2017 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie Działu III Rozdziału V ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W punkcie 19 Tomu I SIWZ - Instrukcja Dla Wykonawców („IDW”) Zamawiający określił tryb i sposób oceny ofert. Jak wskazano w punkcie 19.8 IDW Zamawiający oceni oferty zgodnie z następującymi kryteriami: 1. Cena (waga 40%), 2. Doświadczenie personelu

wykonawcy (waga 30%), 3. Metodologia (waga 30%). W zakresie Kryterium 3 - Metodologia Zamawiający ustalił 2 Podkryteria: PK1 - Ryzyka Projektu (max. 15 pkt) oraz PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu (max. 15 pkt.). W punkcie 19.9. podpunkt 2) IDW Zamawiający przedstawił sposób oceny Podkryterium PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu. Wskazany tam opis ulegał dwukrotnym modyfikacjom, które miały miejsce po wniesieniu odwołania

a przed terminem rozprawy - w dniu 9 stycznia 2017 r. oraz 22 stycznia 2017 r.

W konsekwencji, na moment zamknięcia rozprawy, treść punktu 19.9 podpunkt 2) IDW miała następujące brzmienie:

„W Podkryterium oceniana będzie bezpośrednia rozmowa osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu z Komisją Przetargową wyznaczoną przez Zamawiającego na temat wskazanych w Metodologii Ryzyk i sposobu im zapobiegania oraz znajomości przedmiotu Zamówienia.

Rozmowa zostanie przeprowadzona z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu dla zakresu 1 części 1 oraz dla zakresu 2 części 3. Rozmowa będzie przeprowadzona przez Komisję Przetargową (wyznaczonych do oceny Członków Komisji) w trzech obszarach — znajomości przez Inżyniera Projektu Ryzyk, wskazanych w Metodologii i znajomości przedmiotu Zamówienia. Liczba oraz skład Członków Komisji prowadzących rozmowy z poszczególnymi osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu będzie stała. Zamawiający informuje o następujących zasadach przebiegu rozmowy z osobą dedykowaną na stanowisko Inżyniera Projektu:

1. Przewidywany czas trwania rozmowy wraz z przygotowaniem protokołu (streszczenie rozmowy) około 60 minut, rozmowa będzie nagrywana przez Zamawiającego. Zamawiający nie dopuszcza nagrywania rozmowy przez osobę dedykowaną na stanowisko Inżyniera. Protokół będzie podpisany przez przedstawicieli Komisji uczestniczących w rozmowie oraz osobę dedykowaną przez Wykonawcę na stanowisko Inżyniera Projektu po przeprowadzeniu rozmowy, a przed dokonaniem oceny. Rozmowa będzie prowadzona w języku polskim. Zamawiający nie dopuszcza udziału w rozmowie innych osób niż osoba dedykowana na stanowisko Inżyniera. Zamawiający dopuszcza natomiast udział tłumacza. Zapewnienie udziału oraz pokrycie kosztów stawiennictwa i uczestnictwa tłumacza leży po stronie Wykonawcy.

2. Zamawiający przeprowadzi rozmowę wyłącznie z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera, które pisemnie wyrażą zgodę na przetwarzanie danych osobowych oraz utrwalanie głosu i wizerunku na cele prowadzonego Postępowania przetargowego. Nie wyrażenie zgody będzie skutkowało otrzymaniem 0 punktów w przedmiotowym

Podkryterium PK2.

3. Rozmowy z wszystkimi osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu będą przeprowadzone tego samego dnia, z zastrzeżeniem, iż w przypadku złożenia więcej niż 3 Ofert w Postępowaniu Zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia rozmów

w ciągu 2 lub więcej dni.

4. Rozmowa z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu zostanie przeprowadzona w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia terminu składania Ofert

w Postępowaniu. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o terminie rozmowy z 7 dniowym wyprzedzeniem (dni kalendarzowe).

5. W pierwszej kolejności zostanie przeprowadzona rozmowa z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu dla zakresu 1 części 1 a następnie z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu dla zakresu 2 części 3.

Harmonogram rozmowy z osobą dedykowaną na stanowisko Inżyniera:

Przedstawienie przez Przewodniczącego Komisji Przetargowej składu Komisji wyznaczonej

do oceny w ramach Podkryterium PK2, sposobu przeprowadzenia rozmowy, sprawdzenie

tożsamości osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu oraz wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych oraz utrwalanie głosu i wizerunku na cele prowadzonego Postępowania przetargowego.

Omówienie przez Inżyniera przygotowanego przez Wykonawcę opracowania dotyczącego

Ryzyk Projektu (zgodnie z pkt. 19 Tryb i sposób oceny Ofert IDW; Kryterium 3 — Metodologia; Podkryterium PK1- Ryzyka Projektu) — do 10 min.

6. Zadanie przez Przewodniczącego Komisji 1 pytania — na odpowiedź do 7 min.

7. Zadanie przez Przewodniczącego Komisji 2 pytania — na odpowiedź do 7 min.

8. Zadanie przez Przewodniczącego Komisji 3 pytania — na odpowiedź do 7 min.

9. Pytania będą ujawnione oraz zadawane pojedynczo podczas rozmowy z poszczególnymi kandydatami. Dla poszczególnych zakresów przygotowane zostaną oddzielne zestawy pytań. Pytania będą jednakowe dla wszystkich osób dedykowanych na stanowisko Inżyniera dla danego zakresu. Osoby dedykowane na stanowisko Inżyniera zobowiązane są do nieujawniania pytań osobom trzecim, w szczególności innym osobom dedykowanym na to stanowisko. Zamawiający nie przewiduje pytań uzupełniających.

10. Spisanie protokołu i podpisanie przez Członków Komisji oraz Inżyniera — około 15 min.

11. Samodzielna praca Komisji (bez udziału Inżyniera):

a) Ocena Komisji z uzasadnieniem; skala punktów od 0 do 2,5 za udzieloną odpowiedź na jedno pytanie;

b) Skala punktów:

0 - wypowiedź nie dotyczy tematu zadanego pytania lub brak odpowiedzi,

0 - w przypadku braku stawienia się osoby dedykowanej na wyznaczony termin -

niezależnie od przyczyn,

0 - w sytuacji odmowy podpisania wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych oraz na utrwalenie głosu i wizerunku,

0,5 - udzielono niepełnej odpowiedzi na zadane pytanie,

1,5 - udzielono pełnej odpowiedzi na zadane pytanie,

2,5 - temat został omówiony w sposób wyczerpujący w zakresie przedstawionego

zagadnienia z podaniem innowacyjnych rozwiązań w zakresie zadanych pytań.

12. Zamawiający udostępni ocenę w zakresie Podkryterium PK2 Rozmowa z Inżynierem

Projektu, protokół oraz nagranie z tej rozmowy w momencie udzielenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

13. Komisja zsumuje ilość otrzymanych punktów badanej Oferty i podstawia je do wzoru:
$$PK2 = \frac{\text{Liczba punktów oferty badanej}}{\text{największa liczba punktów zdobytych wśród ofert}}$$

badanych * 15, gdzie liczba punktów oferty badanej to liczba punktów uzyskanych łącznie w Rozmowach z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu dla zakresu 1 części 1 oraz dla zakresu 2 części 3; największa liczba punktów zdobytych wśród ofert badanych - to największa liczba punktów zdobytych łącznie w Rozmowach z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu dla zakresu 1 części 1 oraz dla zakresu 2 części 3 wśród ofert badanych."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d, art. 29 ust. 1 i 2, art. 87 oraz art. 7 Ustawy Pzp dotyczył czterech aspektów wyszczególnionych w punkcie 1 lit. a) - d) odwołania związanych ze sposobem sformułowania Podkryterium PK2 - „Rozmowa z Inżynierem Projektu” w Kryterium nr 3 „Metodologia.”

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, iż przedmiotowe podkryterium zostało sformułowane z pominięciem możliwości wystąpienia wypadków losowych, uniemożliwiających odbycie rozmowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Argumentacja Odwołującego przedstawiona w uzasadnieniu odwołania sprowadzała się jednak przede wszystkim do twierdzenia, że wykonawca na podstawie treści SIWZ nie jest w stanie określić chociażby prawdopodobnego terminu rozmowy, a wezwanie na rozmowę dokonywane z 5-dniowym wyprzedzeniem może nie być wystarczające, np. w sytuacji przebywania takiej osoby na urlopie, choroby czy innego zdarzenia losowego.

W ocenie Izby, w świetle dokonanej przez Zamawiającego w dniu 22 stycznia 2018 r. modyfikacji postanowień SIWZ argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu, straciła aktualność. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający w pkt 19.9.2) ppkt 4 IDW wskazał, że rozmowa z Inżynierem Projektu zostanie przeprowadzona w terminie 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, a zatem po modyfikacji postanowienia SIWZ wskazują konkretny czasokres, w którym będzie miała miejsce rzeczona rozmowa. Wykonawcy posiadają zatem wiedzę, w jakim przedziale czasowym muszą zapewnić dostępność osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu, a zatem bezpodstawne stały się argumenty Odwołującego, iż na podstawie treści SIWZ „wykonawca nie jest w stanie z żadną dokładnością określić choćby prawdopodobnego terminu” oraz, że „Zamawiający nie wskazał żadnego terminu, w którym takie rozmowy się odbędą ani żadnych narzędzi umożliwiających jego choćby przybliżonego określenia.” Ponadto Zamawiający wydłużył termin, w którym zobowiązuje się powiadomić wykonawców o terminie rozmowy z 5 do 7 dni kalendarzowych. Aktualnie z postanowień SIWZ wynika zatem nie tylko konkretny, 30-dniowy okres, w którym będzie miała miejsce rozmowa, ale również fakt, iż wykonawcy na co najmniej tydzień wcześniej zostaną poinformowani o terminie rozmowy. Z tak sformułowanych postanowień SIWZ wywieść można wniosek, że rozmowy nastąpią nie wcześniej niż w drugim tygodniu po upływie terminu składania ofert, skoro Zamawiającego wiąże obowiązek poinformowania wykonawców o ich terminie z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem, a informacje takie z oczywistych względów mogą zostać przekazane najwcześniej w dniu otwarcia ofert. Już sam ten fakt powoduje, że okres czasu, w którym może nastąpić rozmowa ograniczony został w praktyce do trzech tygodni. Z kolei wprowadzenie 7-dniowego odstępu czasowego pomiędzy otrzymaniem informacji o terminie rozmowy a samą rozmową pozwala wykonawcom na podjęcie odpowiednich czynności organizacyjnych w przypadku wskazywanych przez Odwołującego sytuacji takich jak urlop pracownika, choroba czy inne zdarzenia losowe. Ponadto mieć należy na uwadze, że Odwołujący, oprócz kwestii związanych z samym terminem rozmowy z Inżynierem Projektu, nie przedstawił jakichkolwiek dodatkowych argumentów, które wskazywałyby, że brak uwzględnienia w treści SIWZ postanowień regulujących sytuację niestawieństwa z przyczyn niezależnych od wykonawcy narusza zasady uczciwej konkurencji. Potwierdza to również pośrednio treść żądania w tym zakresie, które Odwołujący sformułował w sposób alternatywny wnosząc o uwzględnienie możliwości wystąpienia wypadków losowych lub o wyznaczenie terminu rozmowy w ogłoszeniu o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż postanowienia SIWZ, jakie obowiązują w obecnym kształcie, w sposób dostateczny gwarantują wykonawcom możliwość zapewnienia dostępności osób dedykowanych na stanowisko Inżyniera Projektu na czas rozmowy, a jednocześnie zapewniają Zamawiającemu elastyczność niezbędną dla efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów Ustawy przez Zamawiającego we wskazywanym w odwołaniu zakresie.

Odnosząc się do zarzutu przedstawionego w punkcie 1 lit. b) odwołania dotyczącego ustanowienia omawianego podkryterium w sposób dokonujący nieostrych i silnie rozstawionych na skali ocen, Izba zwraca uwagę, iż argumentacja Odwołującego sprowadzała się do wskazania, że zastosowanie tak spłaszczonej skali uniemożliwia dokonanie rzetelnej oceny odpowiedzi, z kolei przedstawione przez niego żądanie dotyczyło wprowadzenia 5-stopniowej skali ocen. W ocenie Izby jednak wprowadzenie 5-stopniowej skali ocen samo w sobie nie mogłoby przesądzać o tym, że ocena byłaby bardziej miarodajna czy mniej subiektywna, zwłaszcza, że obecna skala jest skalą 4-stopniową a więc nie odbiegającą istotnie od postulatów Odwołującego w tym zakresie (tutaj wskazać należy, iż Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż skala ta jest 3-stopniowa, gdyż 0 pkt nie jest oceną). Również w przypadku skali 5-stopniowej oceniający musieliby dokonać oceny, w którym przedziale punktowym mieści się udzielona odpowiedź, a zatem wprowadzenie dodatkowej punktacji niekoniecznie przyniosłoby skutek, jakiego zdaje się oczekiwać Odwołujący. W ocenie Izby to nie liczba stopni w skali punktowej może świadczyć w tym wypadku o miarodajności czy obiektywizmie oceny, lecz sposób opisu warunków przyznawania punktów (udzielenie niepełnej/pełnej/wyczerpującej odpowiedzi), ewentualnie sposób rozstawienia ocen na skali. Odwołujący jednak, poza powołaniem się na orzeczenie KIO, nie wykazał dlaczego tak skonstruowana ocena nie zapewnia obiektywnej możliwości oceny ofert. W tym miejscu należy wskazać, iż Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby ustalona w podkryterium punktacja oceny całkowicie uniemożliwiała sprawdzenie przez wykonawców dokonanej przez Zamawiającego oceny. Izba zwraca uwagę, iż w treści IDW Zamawiający przewidział postanowienia regulujące, że cały przebieg rozmowy będzie nagrywany, a z rozmowy zostanie sporządzony protokół ze streszczeniem jej przebiegu. Ponadto rozmowa z każdym inżynierem obejmowała będzie te same pytania i będzie podlegała ocenie na podstawie tych samych zasad, a członkowie komisji przetargowej na podstawie wytycznych z IDW będą zobowiązani do przyznawania punktów na podstawie ustalonej tam skali. W konsekwencji - abstrahując od obiektywności Odwołującego związanych z użyciem przez Zamawiającego w opisie sposobu oceniania nieostrych sformułowań oraz samego sposobu rozstawienia ocen na skali ocen - uznać należy, że po zestawieniu treści nagrania z rozmowy z treścią uzasadnienia przyznanej punktacji, jakie Zamawiający powinien przedstawić, weryfikacja działań Zamawiającego pod kątem ich zgodności z przewidzianym w IDW sposobem przyznawania punktacji będzie możliwa. Na taką praktyczną możliwość wskazało też KIO w powoływanym przez Odwołującego wyroku o sygn. akt KIO 2045/17, które rozstrzygnęło odwołanie w zakresie oceny oferty na podstawie tak ustalonych kryteriów, dokonując weryfikacji działań Zamawiającego m.in. na podstawie nagrań z rozmów. Z tych względów przedstawione przez Odwołującego żądanie zmierzające do całkowitej eliminacji omawianego podkryterium z treści SIWZ nie było w ocenie Izby możliwe do uwzględnienia, wobec faktu, iż Odwołujący nie wykazał, aby ustalony sposób punktacji uniemożliwiał sprawdzenie dokonanej przez Zamawiającego oceny.

Ponadto należy zwrócić uwagę na samą konstrukcję żądań przedstawionych w odwołaniu. Odwołujący poza żądaniem wprowadzenia 5-stopniowej skali ocen nie wyartykułował w treści odwołania żadnych żądań w zakresie niejednoznacznych czy lakonicznych w jego ocenie stwierdzeń użytych w opisie sposobu dokonywania oceny omawianego podkryterium, nie przedstawił też jakichkolwiek wniosków czy propozycji zmian w zakresie samego sposobu rozstawienia ocen na skali. W tym kontekście Izba wskazuje, iż w przypadku odwołań na treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują jednak najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, kiedy kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa. Natomiast w przypadku brzmienia treści postanowień SIWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń, gdyż inaczej prowadziłoby to do sytuacji, że odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na dalszym etapie postępowania odwoławczego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1174/15, wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2189/14). Izba nie może domniemywać i artykułować w SIWZ treści wprost nie wskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Takie postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie Odwołujący kreowałaby treści zmian w SIWZ. To rolę Odwołującego jest, aby formułując swoje żądania wskazać, jakie rozstrzygnięcie czyni jego interesom. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu w całości lub części. Ponadto podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności

nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej a nie blankietowej zmiany treści SIWZ. Wyrok z sentencją blankietową pozostawałby w rzeczywistości nieegzekwowalny, a jego wykonanie przez zamawiającego byłoby niedookreślone, dowolne i ocenne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17, wyrok KIO z 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 624/16, wyrok KIO z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2130/14, 2132/14, 2148/14, wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2189/14).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba zwraca uwagę, iż zarzut związany z wprowadzeniem nieostrych i silnie rozstawionych na skali ocen został przez Odwołującego skorelowany z żądaniem nakazania przez Izbę Zamawiającemu „wprowadzenia co najmniej 5-stopniowej skali ocen.” Odwołujący nie sprecyzował jak miałyby się przedstawiać ta 5-stopniowa (lub większa) skala, nie wskazał, jakiego rozstawienia ocen na skali ocen niż to ukształtowane przez Zamawiającego oczekuje. Ponadto pomimo, że Odwołujący zwracał uwagę, iż Zamawiający posłużył się lakonicznymi stwierdzeniami w zakresie punktacji oceny, to nie przedstawił jednak jakichkolwiek żądań co do zastąpienia przez Zamawiającego nieostrych sformułowań użytych w opisie oceny innymi sformułowaniami czy też w zakresie ich doprecyzowania, tak aby zminimalizować ewentualne wątpliwości interpretacyjne. Odwołujący (poza żądaniem wprowadzenia co najmniej 5-stopniowej skali ocen) nie przedstawił żadnej propozycji brzmienia SIWZ, czy chociażby kluczowych elementów, które zmienione zapisy powinny zawierać, tak aby po pierwsze były zgodne z przepisami Ustawy Pzp, a po drugie aby czyniły zadość żądaniom samego Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, mimo, iż Izba dostrzega możliwe wątpliwości interpretacyjne związane z obecną konstrukcją sposobu oceny omawianego podkryterium i użyciem nieostrych sformułowań w opisie sposobu przyznawania punktacji, to będąc związana granicami wyznaczonymi treścią odwołania uwzględnienie omawianego zarzutu nie było możliwe, prowadziłoby bowiem do samodzielnego wykreowania przez Izbę takich postanowień SIWZ, które byłyby właściwe w ocenie Izby, nieweryfikowalne jednak w pełni z perspektywy żądań Odwołującego. Jednocześnie jednak Izba podkreśla, iż Zamawiający powinien dążyć do precyzyjności i jednoznaczności opisu stosowanych kryteriów oceny ofert celem zapewnienia obiektywizmu i zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zagwarantowania wyboru oferty, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego, w przypadku kryteriów jakościowych, ocennych, w których naturę wpisana jest możliwość różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium, Zamawiający powinien dolożyć należytej staranności, aby zasady oceny zostały opisane w sposób minimalizujący na miarę możliwości wszelkie niejednoznaczności w opisie, a także subiektywizm i uznaniowość oceny.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit c) odwołania, związanego z dowolnością w ocenie odpowiedzi przejawiającą się w braku opublikowania pytań, które zostaną zadane i szczegółowego sposobu ich oceniania (lub wzorcowych odpowiedzi) Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż wcześniejsze opublikowanie pytań czy zestawu pytań w zasadzie przeczyłoby istocie tego podkryterium, którego celem jest premiowanie wykonawców dysponujących doświadczeniem i wykwalifikowanym inżynierem projektu, którego wiedzę i umiejętności sprawdzać miała rozmowa. Omawiane podkryterium weryfikować ma umiejętności osób delegowanych do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu w równorzędnych warunkach, poprzez zadanie każdemu kandydatowi tych samych pytań. Wcześniejsze opublikowanie pytań prowadziłoby do sytuacji, w której oceniany byłby sposób opracowania przez danego inżyniera odpowiedzi na pytanie oraz sposób prezentacji tej odpowiedzi, a nie jego wiedza merytoryczna i umiejętność udzielenia w ograniczonym terminie czasowym odpowiedzi na określone zagadnienie. Z kolei sam zakres tematyczny pytań został w SIWZ doprecyzowany - mają one dotyczyć wskazanych w metodologii ryzyk, sposobu zapobiegania tym ryzykom oraz znajomości przedmiotu zamówienia. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby wcześniejsze opublikowanie pytań czyniłoby w praktyce omawiane podkryterium nieprzydatnym i iluzorycznym, a ocenę w tym zakresie czysto formalną (z dużym prawdopodobieństwem w przypadku wcześniejszego opublikowania pytań każda z osób delegowana przez wykonawców na stanowisko Inżyniera Projektu uzyskałaby maksymalną liczbę punktów). Z analogicznych względów nie znajduje także uzasadnienia domaganie się przez Odwołującego opublikowania wzorcowych odpowiedzi na te pytania.

Ponadto również i w zakresie tego zarzutu Izba wskazuje na sposób sformułowania żądania w odwołaniu. Odwołujący domaga się bowiem oprócz publikacji pytań także opublikowania wzorcowych odpowiedzi lub szczegółowego sposobu oceniania odpowiedzi, w żaden sposób nie precyzując jednak jak miałyby wyglądać spełniający jego oczekiwania sposób oceniania odpowiedzi i nie przedstawiając jakiegokolwiek propozycji zmiany brzmienia treści SIWZ w kwestionowanym zakresie. Izba raz jeszcze podkreśla, że to Odwołujący, formułując swoje żądania winien jest wskazać, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie w miarę możliwości zaproponować zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem to strony postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym, które znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz

w odpowiadających im żądaniach. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem przedstawieniu ogólnego niezadowolenia wykonawcy z określonych czynności lub zaniechań Zamawiającego, ale zmierza do uzyskania pewnego - czyniącego zadość interesom Odwołującego - stanu, znajdującego wyraz w postawionych żądaniach, które wyznaczają oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia, to żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17). Tymczasem z treści odwołania w ocenie Izby nie da się wywieść jednoznacznego wniosku, jakie konkretnie rozstrzygnięcie czyniłoby zadość interesom Odwołującego. Odwołujący podczas rozprawy wskazywał jedynie, iż „baza pytań może być szeroka,” niemniej nie wyartykułował w tym zakresie jasnych żądań w treści odwołania. Z kolei - jak wskazano już powyżej - żądania opublikowania pytań/zestawu pytań wraz z kluczem odpowiedzi nie było zasadne z perspektywy celu, jakiemu to podkryterium miało służyć.

Izba nie uwzględniła także podnoszonego w odwołaniu zarzutu, iż przedmiotowe podkryterium zostało sformułowane w sposób prowadzący do kształtowania treści oferty w zakresie podlegającym ocenie po upływie terminu składania oferty. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż rozmowa z inżynierem projektu stanowiła będzie de facto weryfikację oświadczeń oraz informacji już zawartych w ofercie poprzez prezentację umiejętności osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu. Celem tego podkryterium jest sprawdzenie w warunkach równorzędnych, poprzez zadanie pytań tej samej treści, umiejętności osób, które pełnić będą istotną funkcję podczas realizacji zamówienia, a zatem potwierdzenie, że osoba wskazana w ofercie, dedykowana na stanowisko Inżyniera Projektu spełnia oczekiwania Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z opisem Podkryterium PK2 - „Rozmowa z Inżynierem Projektu” rozmowa zostanie przeprowadzona z osobami dedykowanymi na stanowisko Inżyniera Projektu dla zakresu 1 części 1 oraz dla zakresu 2 części 3. Dane osób dedykowanych na to stanowisko wykonawcy zobowiązani będą przedstawić w treści Załącznika nr 6a do IDW zawierającego wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia (pkt 9.7.4. IDW), składanym w celu wykazania przez wykonawców dysponowania osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, zgodnie z wyszczególnieniem przedstawionym w punkcie 8.6.2. IDW. Nie sposób zatem mówić tu o sytuacji, w której rozmowa z osobą wskazaną w treści oferty w celu potwierdzenia jej znajomości przedmiotu zamówienia, metodologii ryzyk i sposobów im zapobiegania, prowadzić miałyby do konstytuowania nowej treści oferty. Biorąc pod uwagę powyższe, w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z pewną formą prezentacji, która polega na wskazaniu w ofercie osób dedykowanych do realizacji zamówienia na stanowisku Inżyniera Projektu, a następnie z prezentacją umiejętności tych osób podczas rozmowy w warunkach określonych przez Zamawiającego i równorzędnych dla wszystkich wykonawców (zadane mają zostać pytania tej samej treści). Zatem ofertę stanowi tutaj wskazanie danych dotyczących osób, które wykonawca dedykuje do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, zaś ich wiedza i umiejętności będą prezentowane w ramach rozmowy ocenianej w podkryterium PK2 w kryterium Metodologia. Nie dojdzie tu więc do sytuacji, w której po terminie składania ofert nastąpi zmiana oświadczenia woli wykonawcy, gdyż po terminie składania ofert będą weryfikowane jedynie zdolności osób, których dane zostały wskazane w ofercie.

Podsumowując wszystko powyższe, w ocenie Izby stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d, art. 29 ust. 1 i 2, art. 87 oraz art. 7 Ustawy Pzp nie potwierdził się, wobec czego odwołanie podlegało oddaleniu. Jedynie na marginesie Izba wskazuje na niezasadność wskazywania w podstawie prawnej zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp, który zawiera postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem przedmiotem zaskarżenia w niniejszym postępowaniu nie była czynność sporządzenia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy Ustawy Pzp czy też nieadekwatność kwestionowanego podkryterium PK2 - „Rozmowa z Inżynierem projektu” w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz wyłącznie elementy opisu sposobu oceny w tym podkryterium.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł.

Przewodniczący: