

WYROK

z dnia 18 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **PORR Polska Construction S.A, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez doprecyzowanie opisu kryterium oceny ofert:
„*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” w sposób, który zapewni ocenę ofert w tym kryterium z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.),
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Częstochowa, ul. Śląska ... 11/13, 42-217 Częstochowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PORR Polska Construction S.A, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa** na rzecz **PORR Polska Construction S.A, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Zaprojektowanie i wykonanie obiektu sportowo- rekreacyjnego „Park Wodny” w Częstochowie przy ul. Dekabrystów 45 w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, pozwolenia na użytkowanie*”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 249-456884 z dnia 24 grudnia 2016 r. wykonawca PORR Polska Construction S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), w szczególności wobec niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz niejednoznacznego i niezrozumiałego opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawców kryteriów oceny ofert, co uniemożliwia obiektywną ocenę ofert i zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w zw. z art. 91 ust. 1 i 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie sposobu oceny jednego z trzech kryteriów oceny ofert – kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” (pkt 13 ppkt 2) SIWZ, str. 14 i 15 SIWZ) w sposób bardzo nieprecyzyjny, niejednoznaczny i podlegający subiektywnej ocenie zamawiającego, dający mu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach tego kryterium, a jednocześnie w sposób niepozwalający wykonawcom na ustalenie dokładnych kryteriów, jakimi powinni się oni kierować przygotowując jak najkorzystniejszą ofertę, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

1. rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem,
3. nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” (pkt 13 ppkt 2) SIWZ, str. 14 i 15 SIWZ), poprzez dokonanie czynności

jednoznacznego i wyczerpującego opisu kryterium oraz precyzyjnego i jednoznacznego wskazania obiektywnego sposobu i zasad dokonywania oceny ofert w ramach tego kryterium lub alternatywnie o rezygnację z jego zastosowania,

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że w zakresie zamówienia przewiduje się:

- wykonanie dokumentacji projektowej obiektu sportowo-rekreacyjnego „Park Wodny” (w tym: ostatecznej koncepcji architektoniczno-budowlanej) wraz z infrastrukturą techniczną, parkingami, drogami wewnętrznymi oraz zagospodarowaniem terenu w zakresie umożliwiającym uzyskanie pozwolenia na budowę oraz wykonanie robót budowlanych,
- wykonanie zaprojektowanych obiektów w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, pozwolenia na ich użytkowanie.

Odwołujący podał także, że zgodnie z pkt. 6.21 ppkt 2 SIWZ (*Dokumenty, które wykonawcy muszą złożyć w ofercie*) do oferty wykonawca winien załączyć: *„Koncepcję architektoniczną spełniającą wymagania zawarte w Programie Funkcjonalno- Użytkowym zawierającą koncepcję funkcjonalno-użytkową obejmującą uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów. Należy przedstawić założenia koncepcji i wykazać ich zgodność z zapisami Programu. Funkcjonalno- Użytkowego (PFU).”*

Wskazał, że zgodnie z pkt. 13 SIWZ, *„Kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej będą:*

- 1) *cena ryczałtowa brutto (C) - 60%.*
- 2) *rozwiązania funkcjonalno-użytkowe (F) - 20%;*
- 3) *zmniejszenie kosztów eksploatacji (K) - 20%.*

Uzupełnił, że w zakresie kryterium *rozwiązania funkcjonalno-użytkowe* zamawiający określił następujący sposób oceny oferty:

„Ad. 2) Kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” będzie oceniane na podstawie załączanej do oferty koncepcji funkcjonalno-użytkowej obejmującej uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów. Należy przedstawić założenia koncepcji i wykazać ich zgodność z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).”

Zasady przydzielania punktów przez członków komisji będą następujące:

- rozwiązania uznane za bardzo dobre: 51-100 pkt;
- rozwiązania uznane za dobre: 11-50 pkt;
- rozwiązania uznane za dostateczne: 1-10 pkt;
- rozwiązania uznane za niedostateczne: 0 pkt

ilość punktów w tym kryterium zostanie obliczona według wskazanego wzoru.

Na potwierdzenie wskazanych informacji załączył SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, SIWZ zawiera nie tylko opis oraz znaczenie (wagę) kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ale powinien też zawierać opis sposobu oceny ofert. Jednocześnie – podniósł odwołujący – zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp zamawiający winien określić kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Uznał, że zadanie to wydaje się dosyć proste w przypadku kryterium ceny, gdzie zamawiający posługuje się wzorem matematycznym zapewniającym proporcjonalność oceny w stosunku do wartości wskazanej w ofercie wykonawcy, natomiast w przypadku kryteriów takich jak „jakość” zamawiający powinien wskazać, jakie parametry czy cechy będą oceniane w danym kryterium jako bardziej korzystne.

Wskazał, że na gruncie dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych podkreśla się, iż zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Jednocześnie, wywodził odwołujący, aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia niezbędnej

przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia, a wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.

W ocenie odwołującego, będący przedmiotem zaskarżenia opis sposobu oceny ofert pod względem kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” został opisany przez zamawiającego w sposób naruszający fundamentalne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazane powyżej.

Podniósł, że zamawiający opisując sposób oceny oferty w kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” zaznaczył jedynie, iż przedmiotem oceny w tym kryterium będzie

przygotowana przez wykonawcę i załączona do oferty koncepcja funkcjonalno-użytkowa obejmująca uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów charakterystycznych przekrojów oraz zażądał, aby wykonawca przedstawił założenia koncepcji i wykazał ich zgodność z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).

Wątpliwości odwołującego, będące powodem wniesienia odwołania stanowi w szczególności opis sposobu przyznawania przez zamawiającego punktów w kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*”

Zaznaczył, iż załączona do oferty koncepcja architektoniczna musi spełniać wymagania zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”) (pkt. 6.21 SIWZ), jednocześnie wykonawcy muszą wykazać zgodność koncepcji z wymaganiami określonymi w PFU, który określa wymagania zarówno funkcjonalne (np. zestawienia pomieszczeń i ich powierzchni) oraz użytkowe (np. poprzez wskazanie parametrów urządzeń i instalacji).

Podniósł, że przy tak sformułowanych wymaganiach PFU nie jest jednak jasne, jakie parametry będą podlegać ocenie w ramach kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*”. Podniósł, że zamawiający nie wskazał w SIWZ, jakie parametry/rozwiązania wskazane w PFU lub wykraczające poza PFU są dla niego istotne, pożądane lub preferowane, a tym samym nie jest wiadome, które z rozwiązań zostaną uznane, przykładowo, za „*bardzo dobre*”, a które za „*dostateczne*”.

Zwrócił uwagę, że w opisie kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” pojawia się stwierdzenie, iż w przypadku zaoferowania rozwiązania, które zostanie uznane za „*niedostateczne*” wykonawca otrzyma 0 pkt w tym kryterium, co budzi wątpliwości, ponieważ nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, czy „*rozwiązanie niedostateczne*” jest rozwiązaniem niezgodnym z PFU (co powinno co do zasady prowadzić do odrzucenia oferty danego wykonawcy) czy może chodzi tu o rozwiązania, które nie wykraczają poza rozwiązania określone w PFU i nie stanowią dla zamawiającego „wartości dodanej”.

Oceniał dokonanie oceny w kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” na podstawie „*koncepcji funkcjonalno-użytkowej obejmującej uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów*”, za wysoce wątpliwe, a nawet niemożliwe, uznając dokonanie oceny rozwiązań funkcjonalno-użytkowych na podstawie schematów, rzutów lub przekrojów (w szczególności, że szczegółowe rozwiązania będą projektowane dopiero na etapie realizacji zamówienia), bez wskazania przez zamawiającego wariantów rozwiązań lub jednoznacznego określenia jakie rozwiązania są pożądane i preferowane, a tym samym pozwolą na uzyskanie maksymalnej oceny w tym kryterium.

Stanął na stanowisku, że ocena przez zamawiającego proponowanych przez wykonawcę rozwiązań na zasadzie „*rozwiązania uznane bardzo dobre / dobre / dostateczne / niedostateczne*”, bez jednoznacznego i precyzyjnego wskazania, jakie konkretnie rozwiązania mogą taką ocenę uzyskać, powoduje, że wykonawcy muszą się domyślać jakie rozwiązania zamawiającemu się spodobać, a jakie nie, a jednocześnie prowadzi do całkowicie arbitralnej i nieweryfikowalnej przez wykonawcę (lub Krajową Izbę Odwoławczą) oceny ofert.

Podniósł, że opis kryterium stosowanego przez zamawiającego powinien być maksymalnie szczegółowy jednoznaczny i pełny, gdyż ma on wpływ na sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium, co oznacza że zamawiający powinien informować o systemie punktacji jaki zostanie przyjęty do oceny ofert, podając nie tylko w sposób precyzyjny liczbę punktów, jaką można osiągnąć w każdym z kryteriów, ale również o sposobie, w jaki będą one przydzielane. Uzupełnił, że opis sposobu dokonywania oceny ofert w ramach kryterium powinien być na tyle precyzyjny, by umożliwił merytoryczne rozstrzygnięcie „wyższości” jednej oferty nad drugą oraz winien zapewniać obiektywną ocenę oraz porównywalność

złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom (oraz Krajowej Izbie Odwoławczej) możliwość weryfikacji prawidłowości czynności dokonanych przez zamawiającego i polegających na ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Stwierdził, że opis kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” nie spełnia powyższych wymagań wynikających z przepisów ustawy Pzp, ponieważ opisany w pkt. 13 SIWZ sposób badania ofert w kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Zaznaczył, że z uwagi na fakt, iż zamawiający posłużył się do opisu sposobu oceny pojęciami nieostrymi, tj. „*rozwiązania uznane za bardzo dobre/dobre/dostateczne/niedostateczne*” występuje znaczące ryzyko podjęcia przez zamawiającego arbitralnej i nieweryfikowalnej decyzji co do sposobu uznania danych rozwiązań za spełniające oczekiwania zamawiającego, a tym samym arbitralnego przyznania punktacji w tym kryterium.

Podniósł, że punkty będą przyznawane przez poszczególnych członków komisji przetargowej, co jest równoznaczne z faktem, że o lepszej lub gorszej ocenie rozwiązań zaproponowanych przez wykonawcę decydować będzie subiektywne odczucie osób wchodzących w skład komisji przetargowej; im mniej precyzyjny jest opis oceny kryterium i przyznawania punktacji, tym bardziej rozbieżne mogą być oceny poszczególnych członków komisji przetargowej, w szczególności, że zamawiający nie stosuje w opisie kryterium jakiegokolwiek skali, wskazania minimalnej ilości lub parametrów, jakie ma wykonawca osiągnąć lub przekroczyć by liczyć na zdobycie wyższej ilości punktów. Uznał, że nie ma wobec tego możliwości, aby przy tak sformułowanych kryteriach oceny ofert, każdy wykonawca, czy też członek komisji przetargowej, mógł interpretować je w jednakowy sposób. Stwierdził, że różnice w ocenach powinny być zminimalizowane, poprzez wystarczająco precyzyjne opisanie kryteriów na etapie opracowywania SIWZ oraz poprzez obowiązek wyczerpującego uzasadnienia przyznanych ocen, z odniesieniem oferowanych rozwiązań do oczekiwań zamawiającego.

Zauważył, iż przy konstruowaniu kryterium oceny, co do którego zachodzi bardzo duża niepewność albo możliwość wyrażania wielu odmiennych poglądów, konieczne jest zachowanie dużej ostrożności oraz należytej staranności; sposób oceny ofert w każdym kryterium powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert, co oznacza, że do minimum powinien być ograniczony wpływ subiektywnych odczuć i preferencji członków komisji przetargowej.

Odwołując się do zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wskazał, że opis sposobu oceny ofert powinien zapewniać porównywalność złożonych ofert tak, aby dawać możliwość weryfikacji prawidłowości dokonuje oceny (powołał się na wyrok KIO z 14 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1819/13).

Ocecił, że przygotowany przez zamawiającego opis sposobu oceny kryterium

„*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*” uniemożliwia weryfikację takiej oceny oraz narusza zasadę, zgodnie z którą opis sposobu oceny ofert powinien być transparentny i czytelny dla wykonawców przed terminem składania ofert, tak aby mogli świadomie podjąć decyzję co do jej elementów oraz znając oczekiwania zamawiającego, przygotować ofertę w taki sposób, aby uzyskać jak najwięcej punktów.

Uznał, że w świetle powyższego, zamawiający powinien dokładnie określić, za co i w jakiej liczbie będzie przyznawał punkty i jakie konkretnie rozwiązania, określone w PFU, będą punktowane w ramach kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*”, a nie poprzestać jedynie na lakonicznym i nieostrym stwierdzeniu, że punkty będą przyznawane za rozwiązania „*uznane za bardzo dobre, dobre, dostateczne lub niedostateczne*”.

Podkreślił, iż zasady przyznawania punktacji w ramach kryterium „*Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe*”, określono w sposób bardzo lakoniczny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny, zapewniający w praktyce zamawiającemu prawie nieograniczoną swobodą interpretacyjną i pozwalające dokonywać oceny ofert w sposób arbitralny.

Stwierdził, że w oparciu o obecną treść SIWZ nie jest w stanie stwierdzić, jakie są rzeczywiste oczekiwania zamawiającego, co do przygotowania koncepcji funkcjonalno- użytkowej, a w szczególności, jakie elementy/rozwiązania zawarte w koncepcji oraz na jakich zasadach będą punktowane, co powoduje istotne ryzyko, że każdy z wykonawców

ubiegających się o przedmiotowe zamówienie w inny sposób odczyta oczekiwania zamawiającego, a w konsekwencji koncepcje złożone wraz z ofertami będą nieporównywalne, co zaburzy wyniki ich oceny.

Co istotniejsze jednak, wywodził odwołujący, z postanowień SIWZ nie wynika w żaden sposób jakie konkretnie elementy i rozwiązania koncepcji zamawiający będzie oceniał oraz jakie wymagania winny zostać spełnione, aby dane rozwiązanie zostało uznane przez zamawiającego za rozwiązanie *bardzo dobre/dobre/dostateczne* lub „*niedostateczne*” jak również na jakiej zasadzie zostaną przyznane punkty w danym kryterium.

Jako dodatkową niewiadomą wskazał sposób przyznania przez zamawiającego punktów w ramach kwalifikacji danego rozwiązania – przykładowo, zgodnie z opisem oceny za „*rozwiązania uznane za bardzo dobre*” zamawiający

przyzna od 51 do 100 pkt., ale nie jest jednak jasne, jakie czynniki będą decydować o przyznaniu za „rozwiązania uznane za bardzo dobre” 51 pkt., a za jakie rozwiązania (również uznane za bardzo dobre) wykonawca będzie mógł otrzymać niemal dwa razy więcej punktów, tj. 100.

Podsumował, że z powyższych względów opis dokonywania oceny w kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” wymaga doprecyzowania i uszczegółowienia, tak aby każdy z wykonawców nie miał żadnych wątpliwości jakie elementy, czynniki czy rozwiązania będą podlegały punktacji oraz w jakiej skali.

Zdaniem odwołującego zamawiający powinien mieć również na uwadze, że głównym celem wykonawcy sporządzającego ofertę jest takie dostosowanie treści oferty do SIWZ, aby oferta spełniała w sposób najpełniejszy warunki i kryteria zawarte w specyfikacji, aby w efekcie oferta została wybrana jako najkorzystniejsza; zamawiający, posiadając te dane musi je przekazać wykonawcom tak, aby w takich samych warunkach mogli sformułować swoje oferty. Zamawiający musi dzielić się swoimi założeniami z wykonawcami w specyfikacji, a nie zachowywać tej wiedzy tylko dla siebie (powołał się na wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1133/12).

Przytoczy następujące wyroki:

- Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 712/15: „*kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji*”.
- Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. KIO 1389/14: „*W sytuacji gdy zamawiający decydują się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej / dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy, uprawnione do orzekania o Zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych.*”
- Wyrok KIO z 30 października 2014 r., sygn. KIO 2183/14, KIO 2186/14: „*Powyższe pozwala wnioskować, że obowiązek opisanie w SIWZ kryteriów oceny ofert innych niż cena (np. jakościowych) nie oznacza jego uszczegółowienia z dokładnością, co do każdego elementu, a wystarczające jest, że zostanie określona skala pomiaru oraz taki opis kryterium, który nie będzie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje, w szczególności, jakie cechy oferowanego wyrobu będą uznane za pożądane, wysoko ocenione, jakie zaś będą decydowały o niższej ocenie*”.
- Wyrok KIO z 17 października 2013 r., sygn. KIO 2349/13: „*Zamawiający może wprowadzić do specyfikacji istotnych warunków zamówienia trudno mierzalne kryteria oceny ofert, jednakże powinno to zostać dokonane ze szczególną starannością i ostrożnością oraz w taki sposób, aby możliwa była weryfikacja tych kryteriów. Jednocześnie zasady dokonywania oceny ofert powinny być jednakowe i jasne dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty*”.

Dodatkowo zauważył, że kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”, którego opis spełnienia jest przedmiotem zaskarżenia odwołania przypisano wagę 20%. Zdaniem odwołującego w warunkach ścisłej konkurencji wykonawców taki poziom wagi kryterium będzie miał decydujące znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Wyjaśnił, że oferty cenowe składane przez poszczególnych wykonawców bardzo często oscylują wokół podobnych wartości, a różnice pomiędzy nimi w ostatecznych rankingach ofert zazwyczaj nie są duże. Z tego względu, uznał odwołujący, okoliczność dotycząca punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w ramach kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” będzie miała kluczowe lub bardzo istotne znaczenie przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wobec czego zasadne jest zapewnienie, aby punktacja w ramach tego pod kryterium była przyznawana w sposób obiektywny, zgodnie

z zasadami uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wszystkich wykonawców oraz żeby każdy z wykonawców miał pełną wiedzę na temat elementów koncepcji funkcjonalno-użytkowej oraz rodzajów bądź typów rozwiązań, które są przez zamawiającego preferowane, a tym samym jakie rozwiązania pozwolą na uzyskanie maksymalnej punktacji w ramach oceny oferty przez zamawiającego w kryterium

„Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 11 stycznia 2017 r., Programu funkcjonalno użytkowego Parku Wodnego w Częstochowie, złożonego na rozprawie przez odwołującego, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut ustanowienia sposobu oceny jednego z trzech kryteriów oceny ofert –

„Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” (pkt 13 ppkt 2) SIWZ, str. 14 i 15 SIWZ) w sposób bardzo nieprecyzyjny, niejednoznaczny i podlegający subiektywnej ocenie zamawiającego, dający mu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach tego kryterium, a jednocześnie w sposób niepozwalający wykonawcom na ustalenie dokładnych kryteriów, jakimi powinni się oni kierować przygotowując jak najkorzystniejszą ofertę, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości, czym zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2d w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie obiektu sportowo-rekreacyjnego „Park Wodny” w Częstochowie przy ul. Dekabrystów 45 w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, pozwolenia na użytkowanie.

Do obowiązków wykonawcy, na co zamawiający wskazał w pkt. 3.2. ppkt 1) lit. b) SIWZ, będzie należało opracowanie ostatecznej koncepcji architektoniczno-budowlanej i (pkt 4 ppkt 1) SIWZ) jej przedłożenie, w terminie 2 miesięcy od daty podpisania umowy, na podstawie koncepcji przedstawionej w ofercie przetargowej i spełniającej wymagania zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej „PFU”).

Dokumentem, który wykonawca musi złożyć w ofercie jest „Koncepcja architektoniczna spełniająca wymagania zawarte w PFU, zawierająca koncepcję funkcjonalno-użytkową obejmującą uproszczony projekt zagospodarowania terenu,

schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów.” (pkt 6.21. ppkt 2) SIWZ), przy czym zamawiający dodał :

„Należy przedstawić założenia koncepcji i wykazać ich zgodność z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).”

Zamawiający podał, że jednym z trzech kryteriów oceny ofert będzie kryterium:

„rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”, któremu zamawiający przypisał 20% znaczenie (pkt 13 SIWZ).

Podał również, że kryterium to będzie oceniał na podstawie załączonej do oferty koncepcji funkcjonalno-użytkowej obejmującej uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów.” (pkt 13 ad. 2) SIWZ).

I, jak w pkt. 6.21. ppkt 2) SIWZ zamawiający dodał: „Należy przedstawić założenia koncepcji i wykazać ich zgodność z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).”

Zamawiający podał dalej, że „Zasady przydzielania punktów przez członków komisji będą następujące:

-rozwiązania uznane za bardzo dobre: 51-100 pkt;

-rozwiązania uznane za dobre: 11-50 pkt;

-rozwiązania uznane za dostateczne: 1-10 pkt;

-rozwiązania uznane za niedostateczne: 0 pkt”.

Wskazał nadto wg jakiego wzoru zostanie obliczona ilość punktów w tym kryterium.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby podzielił argumentację odwołującego zaprezentowaną w odwołaniu i na rozprawie.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie wykonawca jest zobowiązany złożyć koncepcję architektoniczną w celu wykazania zgodności jej założeń z PFU (pkt 6.21. ppkt 2) SIWZ).

Jednocześnie, c o także niewątpliwie, złożona koncepcja architektoniczna ma stanowić podstawę oceny wykonawcy w kryterium „rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” o znaczeniu 20% (pkt 13 SIWZ).

W ocenie składu orzekającego Izby, wbrew obowiązkowi nałożonemu nań przepisem art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający nie opisał sposobu oceny ofert w kryterium „rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”, ani nie określił tego kryterium w sposób umożliwiający

sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców.

W języku polskim „opisać” to przedstawić szczegóły dotyczące osoby, przedmiotu, zjawiska lub sytuacji.

Tymczasem, nawet w warstwie literalnej, zamawiający posłużył się sformułowaniem

„zasady przydzielania punktów”, czemu przypisać można takie tylko znaczenie, iż zamawiający podał elementarne, podstawowe informacje dotyczące sposobu oceny ofert, nie precyzując ich jednak.

Ów elementarny sposób oceny to wskazanie przez zamawiającego „przydziału” punktów przypisanych rozwiązaniom bardzo dobrym, dobrym, dostatecznym i niedostatecznym. Takie informacje w zakresie oceny ofert w kwestionowanym kryterium należy uznać za niewystarczające, za takie, które nie opisują sposobu oceny ofert.

Zastosowane przez zamawiającego kryterium *rozwiązania funkcjonalno-użytkowe* winno stanowić rodzaj wsparcia dla opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiającego wykonawcy ustalenie obszarów szczególnego zainteresowania zamawiającego w ramach tegoż opisu (ustalenie preferencji zamawiającego).

Pomimo to zamawiający nie sprecyzował, jakie rozwiązania zostaną uznane za bardzo dobre, dobre, dostateczne albo niedostateczne, ani też jakie elementy będą decydować o przyznaniu punktów w obrębie każdego z rozwiązań (w obrębie rozwiązania bardzo dobrego, w obrębie rozwiązania dobrego itd.), nie odnosząc podanego rozdziału punktów do jakichkolwiek obszarów swojego zainteresowania (preferencji).

Skład orzekający Izby przyznaje, że zamawiający ma prawo sięgnąć po kryteria

„trudno mierzalne” jak „rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”, w ramach którego całkowita eliminacja subiektywnej oceny członków komisji przetargowej wydaje się wręcz niemożliwa.

Skład orzekający Izby dostrzega także wysoki stopień trudności w opracowaniu opisu sposobu oceny ofert w przypadku takiego kryterium. Jednak nie usprawiedliwia to odstępstwa od opisu sposobu oceny ofert ograniczającego w jak największym możliwym stopniu zakres subiektywnej oceny zamawiającego (członków komisji przetargowej).

Zamawiający na rozprawie utrzymywał, że podał w SIWZ, co będzie brał pod uwagę dokonując oceny w zakwestionowanym przez odwołującego kryterium – wskazał na konkretne zapisy PFU.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że choć PFU stanowi część SIWZ (na str. 18 wśród załączników do SIWZ zamawiający w pkt. 7 lit. a) zamawiający podał właśnie PFU Parku Wodnego w Częstochowie), to „rola” tego dokumentu w odniesieniu do oceny ofert, jaką można wywieść z treści SIWZ sprowadza się do tego, że założenia koncepcji

funkcjonalno-użytkowej muszą być zgodne z tymże PFU (w przeciwnym razie oferta otrzyma 0 pkt, co samo w sobie – co podnosił także odwołujący w odwołaniu – budzi wątpliwości z perspektywy obowiązku zamawiającego do odrzucenia oferty, która jest niezgodna z treścią SIWZ).

Żadną miarą jednak rola tego dokumentu w odniesieniu do punktów w przedziale 1-100 nie została wskazana ani w pkt. 13 SIWZ, ani w żadnym innym miejscu SIWZ – brak przywołania tego dokumentu w kontekście innym niż podany powyżej.

Zwraca uwagę fakt, że zamawiający, choć powoływał się na rozprawie na rolę PFU dla oceny ofert w kryterium „rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”, to nie przekazał nawet Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach potwierdzonej za zgodność z oryginałem dokumentacji postępowania, „Programu funkcjonalno użytkowego Parku Wodnego w Częstochowie”.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że jedynie wskazanie przez zamawiającego, jak miało to miejsce na rozprawie, konkretnych zapisów PFU, które członkowie komisji przetargowej będą brali pod uwagę, oceniając oferty wykonawców, nie jest wystarczające tak długo, jak długo zapisy PFU nie zostaną (abstrahując od możliwego stopnia szczegółowości) skorelowane z oceną rozwiązań jako bardzo dobrych, dobrych i dostatecznych, jak i z oceną w ramach wskazanych przedziałów punktowych (1-10, 11-50, 51-100 pkt).

Brak opisu sposobu oceny ofert w zakwestionowanym przez odwołującego kryterium, nawet w kontekście odwołania się do zapisów PFU, potęguje fakt, że PFU sam zawiera sformułowania ocenne lub wymagające sprecyzowania np. „Dopuszczalne są (...) w uzasadnionych przypadkach zmiany w proporcjach elementów składających się na sumę powierzchni” (str. 9 PFU), „Dopuszcza się zmianę wielkości pomieszczeń (...) dostosowując ich wielkość do potrzeb (...)” (str. 15).

W ocenie składu orzekającego Izby przykładem zapisu SIWZ, którym zamawiający mógłby się posłużyć, przystępując do opisu sposobu oceny ofert jest zdanie „Obiekt należy zaprojektować w taki sposób aby zminimalizować udział komunikacji w stosunku do powierzchni użytkowej.” (str. 15 zdanie ostatnie), które wskazuje preferencje zamawiającego w zakresie relacji powierzchni pomieszczeń do powierzchni ciągów komunikacyjnych.

Wątpliwości, z perspektywy przydatności dla opisu sposobu oceny ofert, budzą także te zapisy PFU, które uzależniają dopuszczalność zmian od uzgodnień z zamawiającym („Po uzgodnieniu z Zamawiającym dopuszcza się

zmiany wpływające na lepsze wykorzystanie lustra wody.” – str. 28) – uzgodnienia te musiałyby nastąpić przed terminem składania ofert,

co budzi zastrzeżenia co do dopuszczalności tego rodzaju działań zamawiającego i konkretnego wykonawcy w świetle zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uchylenie się przez zamawiającego od opisu sposobu oceny ofert nie może także usprawiedliwiać fakt, że przewidziana podstawa oceny w zakwestionowanym kryterium, tj. koncepcja funkcjonalno użytkowa musi zostać przygotowana przez osoby legitymujące się odpowiednimi uprawnieniami i doświadczeniem, ponieważ odpowiednio wysokie kwalifikacje nie zastąpią wiedzy zamawiającego co do jego preferencji i oczekiwań odnośnie do ostatecznej koncepcji architektoniczno-budowlanej.

Odnosząc się do obawy zamawiającego, iż przypisanie punktów poszczególnym pomieszczeniom w przypadku maksymalizacji ich powierzchni (w stosunku do powierzchni ciągów komunikacyjnych) prowadziłoby do utraty sensu ustanowienia kryterium, wskazać należy, że zamawiający zdaje się twierdzić, że nie jest to jedyna jego preferencja. Jednocześnie jednak zamawiający nie wskazuje, jakie inne aspekty koncepcji są dla niego istotne i warte przyznania dodatkowych punktów.

W konsekwencji braku opisu sposobu oceny ofert w kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” skład orzekający Izby uznał także naruszenie przez zamawiającego zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził i orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....