

WYROK

z dnia 18 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2017 r. przez Wykonawcę „EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH”

Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszynska 35 lok 1, 54-434 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50 - 525 Wrocław,

przy udziale Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

1.1. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1

p.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 19.8 SIWZ - IDW,

1.2. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1

p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do rozstrzygnięcia wątpliwości, jeśli takie powstały, w związku z przedstawionym Zamawiającemu opracowaniem pt. : „Metodyka”,
i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie odwołującemu punktów w kryterium „Metodologia”, podkryterium Ryzyka Projektu PK1 i w podkryterium Rozmowa z Inżynierem Projektu PK2, zgodnie z zasadami opisanymi w uzasadnieniu orzeczenia.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez „EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH”

Sp. z o.o., tytułem uiszczonego wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na rzecz „EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH” Sp. z o.o., kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Członkowie:

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 18 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2045/17

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, jednostka prowadząca postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi na linii E 30 w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 30 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Opole Zachodnie”, numer postępowania nadany przez Zamawiającego: IREZA4-216-10/CEF/2017, dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot

określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 10 marca 2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, które 14 marca 2017 r. zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 051-094668.

Dnia 19 września 2017 r. Zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, poinformował Wykonawców, biorących udział w postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś w dniu 29 września 2017 r., odwołanie od wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu wniósł Wykonawca „EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszewska 35 lok 1, 54-434 Wrocław, dalej zwany jako „Odwołujący”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., w odwołaniu postawiono Zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

- 1.art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium „Metodologia” co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej,
- 2.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 19.8. SIWZ - IDW, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu 0 punktów w kryterium „Metodologia” podkryterium Ryzyka Projektu i 1 punktu w podkryterium Rozmowa z Inżynierem oraz zbyt małej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”,
- 3.art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do rozstrzygnięcia wątpliwości, jeśli takie powstały, w związku z przedstawionym Zamawiającemu opracowaniem pt.: „Metodyka”, skutkiem czego, zamiast przyznać Odwołującemu maksymalną liczbę punktów w kryterium „Metodyka”, Zamawiający bez dokonywania uprzednich wyjaśnień przyznawał w Odwołującemu w podkryterium Ryzyka Projektu 0 pkt,
- 4.art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie doświadczenia, jakie posiada osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu, względnie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ECM Group do uzupełnienia oferty poprzez wykazanie, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu spełnia wymagania określone przez Zamawiającego,
- 5.art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści „Wykazu osób” (Potencjał kadrowy) i Wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert przedstawionych przez ECM Group i błędne przyjęcie, że treść tych Wykazów stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanego wykonawcy.

Wobec powyższego wniesiono o .. uwzględnienie odwołania w ... całości oraz o nakazanie Zamawiającemu (pisownia oryginalna) :

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - 1.1.przyznanie Odwołującemu maksymalnej, przewidzianej zapisami SIWZ - IDW ilości punktów w kryterium „Metodologia” - Podkryterium PK1 oraz Podkryterium PK2 oraz większej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie personelu” (tj. w ilości wskazanej w treści uzasadnienia), względnie poprzedzenie tej oceny wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
 - 1.2.wykluczenie ECM Group z postępowania, względnie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,
 - 1.3.udostępnienie Odwołującemu „Wykazu osób” (Potencjał kadrowy) i Wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert tego wykonawcy,
- ewentualnie:
 - 2.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - 2.1.sporządzenie i udostępnienie Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla liczby punktów przyznanej Odwołującemu w kryterium „Metodologia”,
 - 2.2.udostępnienie Odwołującemu „Wykazu osób” (Potencjał kadrowy) i Wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert wykonawcy ECM Group.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium „Metodologia”, a także zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 19.8. SIWZ - IDW, Odwołujący wskazał, iż „Zamawiający udostępnił Odwołującemu załącznik do protokołu postępowania zatytułowany „*Protokół oceny ofert w ramach kryterium...*”, którego elementem jest „Ocena kryterium nr 3 Metodologia 30%”. Z dokumentów tych wynika, że Odwołujący otrzymał 0 punktów z 15 możliwych w podkryterium PK1 Ryzyka Projektu i 1 pkt z 15 możliwych w podkryterium PK2 Rozmowa z Inżynierem. Podobnie oceniona została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum, którego liderem jest TPF Sp. z o.o. Maksymalną ilość punktów w obu pod kryteriach otrzymało ECM Group. Po podstawieniu liczby punktów otrzymanych przez Odwołującego do wzorów podanych przez Zamawiającego w SIWZ, Odwołujący otrzymał w Kryterium „Metodologia” łącznie 4,95 pkt. Odwołujący, mimo iż uzyskał największą wśród wszystkich złożonych ofert liczbę punktów w Kryterium „Cena” i Kryterium „Doświadczenie personelu” został ostatecznie sklasyfikowany na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej (uzyskując łącznie 60,45 pkt). Oferta najkorzystniejsza została oferta ECM Group (62,60 pkt), a więc oferta wykonawcy który zaoferował najwyższą cenę i najmniej wykwalifikowany personel.”

Dalej Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na wniosek z dnia 27 września 2017 r. o przekazanie mu uzasadnienia przyznanej punktacji, Odwołujący otrzymał tabelę, w której wskazano poszczególne kluczowe elementy projektu (z załącznika 1C do Formularza ofertowego) oraz do każdego z tych elementów przypisano 0 pkt.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego, żaden z udostępnionych mu przez Zamawiającego dokumentów nie zawierał uzasadnienia faktycznego dla przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny oferty Odwołującego w kryterium „Metodologia” - liczby przyznanych Odwołującemu punktów. Zamawiający wskazał w tych dokumentach jedynie liczbę punktów przyznanych Odwołującemu, jednakże nie wskazał, z jakich względów taka, a nie inna liczba punktów została Odwołującemu przyznana, jakich elementów zdaniem Zamawiającego w ofercie („Metodologii”) brakowało, z jakich ewentualnie względów opracowanie przekazane przez Odwołującego było nieprawidłowe, niepełne itd.

W opinii Odwołującego zarzut ten dotyczy przy tym nie tylko braku uzasadnienia sposobu oceny oferty Odwołującego w podkryterium Ryzyka Projektu, ale także w podkryterium Rozmowa z Inżynierem Projektu. Tu wprawdzie w dokumencie zatytułowanym „Streszczenie protokołu z rozmowy przeprowadzonej we Wrocławiu w dniu 13.07.2017r.” Zamawiający odnosząc się do odpowiedzi na każde z 3 pytań wskazał „uzasadnienie” jednak owe „uzasadnienie” sprowadza się do jednozdaniowych uwag typu:

„wypowiedź nie dotyczy tematu zadanego pytania”, „udzielono niepełnej odpowiedzi na zadane pytanie”. Z tak hasłowo opisanych uwag do wypowiedzi Inżyniera Projektu nie sposób wywieść, jakie były rzeczywiste zarzuty pod adresem Odwołującego, jakich elementów oczekiwanych przez Zamawiającego zabrakło w wypowiedzi Inżyniera.

Ponadto zdaniem Odwołującego, dalej idące zarzuty odwołania dotyczące sposobu oceny oferty Odwołującego w kryterium „Metodologia” są w istocie przedwczesne, bowiem nie znając przyczyn, które zadecydowały o przyznaniu Wykonawcy określonej ilości punktów w tym kryterium Wykonawca nie może skutecznie polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Kierując się jednak daleko idącą ostrożnością procesową, tj. w szczególności na wypadek dokonania przez Zamawiającego swoistej „autokorekty” i uzupełniania brakującego uzasadnienia, czy nawet zmiany ilości punktów przyznanych Odwołującemu, Odwołujący wskazuje, co następuje:

a) Podkryterium PK1 Ryzyka Projektu Zgodnie z zapisami SIWZ - IDW (pkt 19.8, ppkt 1)

1) Podkryterium PK1 - Ryzyka Projektu (15 pkt)

Odwołujący argumentował, że Zamawiający określił zakres opracowania, wskazując, że opracowanie musi zawierać wskazanie ryzyka, sposób zapobiegania wystąpieniu ryzyka i sposób minimalizowania skutków w przypadku wystąpienia ryzyka. Zamawiający nie przesądził jednak, w jakiej formie owe elementy mają być przedstawione w opracowaniu. Wykonawca miał więc pełną swobodę co do sposobu przedstawienia wymaganej treści w opracowaniu. Odwołujący z możliwości tej skorzystał, tj. przygotował opracowanie zgodne ze stosowanym przez siebie standardem, które zawierało jednak wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że w równoległym prowadzonym postępowaniu (nadzór w ramach projektu L K 146: Wyczerpy-Chorzew Siemkowice), w zasadzie przy identycznych zapisach dokumentacji przetargowej i identycznej treści i formie „Metodologii” Odwołującego, Odwołujący uzyskał za swoje opracowanie maksymalną liczbę punktów i na tej zasadzie, Odwołujący założył, że to nie sposób prezentacji informacji w „Metodologii” zaważył o ilości przyznanych mu punktów.

Z zapisów SIWZ, w ocenie Odwołującego, wynika przy tym wprost, że *Oferta otrzyma 0 punktów za opis pojedynczego Ryzyka w przypadku, gdy Wykonawca opisując ryzyko odnoszące się do tego kluczowego elementu Projektu, nie wskaże łącznie wszystkich elementów wymienionych w pkt a) - c) powyżej, tj. nie opíše ryzyka, sposobu zapobiegania i minimalizowania skutków wystąpienia zdarzenia*. Jeśli elementy, o których mowa, w opracowaniu wystąpiły, to Zamawiający nie mógł odmówić Odwołującemu przyznania punktów, nie wykazując, że ryzyko lub wskazane w opracowaniu środki zapobiegania/minimalizowaniu ryzyka są „*nietrafione*”. Kryterium, choć miało pewne elementy ocenne, pozostawało kryterium mierzalnym.

Odwołujący podniósł również, że w niniejszej sprawie, sposób oceny oferty przez Zamawiającego sugeruje, że albo Odwołujący w zakresie żadnego z elementów kluczowych podanych w Załącznik nr 1C do SIWZ nie opisał ryzyka, sposobu zapobiegania i sposobu minimalizowania skutków, albo każdy z tych opisów był nietrafiony.

Odwołujący dodatkowo odniósł się też do treści załączonej przez niego do oferty „Metodologii”, ocenianej w kryterium ryzyka projektu, w stosunku do wymagań określonych w SIWZ. Jednakże informacje te są objęte ochroną wynikającą ze skutecznie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

b) Rozmowa z inżynierem Projektu

Odwołujący wskazał, że w ramach Kryterium 3 - pod kryterium Rozmowa z Inżynierem Projektu (PK2) Zamawiający zaznaczył, iż w pod kryterium 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 będzie przeprowadzona przez Komisję przetargową (wyznaczonych do oceny Członków Komisji) w trzech obszarach - znajomości Inżyniera Projektu ryzyk wskazanych w metodologii i znajomości przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący zacytował treść SIWZ w pkt 19.8 ppkt 2 SIWZ - IDW i stwierdził, że w jego ocenie Zamawiający w sposób nieprawidłowy - niezgodny z ustalonymi zasadami przyznał punktację Odwołującemu, w sposób błędny przeprowadził działanie matematyczne (podstawienie, danych do wzoru), co skutkowało przyznaniem Odwołującemu 4,95 punktów, zamiast 5 punktów. Zdaniem Odwołującego, powinien on otrzymać za wypowiedź Inżyniera maksymalną liczbę punktów w podkryterium (tj. punktów 15 „częstkowych”), ale nie mniej punktów niż ECM Group (tj. 3 punkty „częstkowe”). W obu przypadkach, Odwołujący otrzymałby - przy zastosowaniu danych do wzoru określonego

w SIWZ - maksymalną liczbę punktów w podkryterium PK 2.

I tak co do pytania nr 1 Odwołujący zaznaczył, że inżynier Odwołującego wskazał, że kąt skrzyżowania wynosi 60 stopni, przy czym istnieją możliwości odstępstw od tego wymogu. Inżynier wyjaśnił, w jakich przypadkach odstępstwa są możliwe. Jego odpowiedź dotyczyła więc zadanego pytania. Za tą odpowiedź przyznano mu 0 pkt - „wypowiedź nie dotyczy tematu zadanego pytania”. Z takim wnioskiem w ocenie Odwołującego, nie można się zgodzić, także wobec odpowiedzi udzielonych przez pozostałych Inżynierów.

Dalej argumentowano, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, kąt skrzyżowania osi drogi (pasa ruchu) z osią toru linii kolejowej lub bocznicy kolejowej, zwany dalej „kątem skrzyżowania (a)”, wynosi 90°, przy czym na liniach kolejowych normalnotorowych i szerokotorowych dopuszcza się zastosowanie kąta skrzyżowania (a) spełniającego warunek: $120^\circ \geq a \geq 60^\circ$ (por. § 26 Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych jakimi powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych bocznych kolejowy z drogami i ich usytuowanie). Dopiero taka odpowiedź, w opinii Odwołującego, byłaby „pełną” odpowiedzią na pierwszą część pytania Zamawiającego. Dodatkowo Inżynier powinien przeanalizować możliwe odstępstwa, a żaden z Inżynierów nie udzielił Zamawiającemu takiej, tj. „pełnej” odpowiedzi na pytanie nr 1. Inżynierowie przywoływali treść wskazane przepisów, choć żaden z nich w pełni i wskazywali z różnym stopniem szczegółowości zasady wprowadzania odstępstw. Inżynier Odwołującego, analogicznie, jak pozostali, udzielił więc odpowiedzi na zadane pytanie, choć odpowiedź ta mogła być uznana za niepełną.

W konsekwencji powyższego Odwołujący skonstatował, że powinien zostać mu przyznany 1 punkt za odpowiedź na pytanie nr 1.

Co do pytania nr 2 Odwołujący stwierdził, że Inżynier udzielił w pełni poprawnej odpowiedzi na zadane pytanie, wskazując, że to Wykonawca robót projektuje posadowienie i to Wykonawca ma wykonać badania w celu określenia metody posadowienia i doboru samego fundamentu. Wydanie przez inżyniera kontraktu polecenia Wykonawcy, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej technologii posadowienia, jest jak najbardziej prawidłowe, ponieważ wynika z błędu Wykonawcy na etapie projektowania, a odpowiedź Inżyniera została poparta przykładem z budowy LK272.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podniósł, że trudno przyjąć, że tak udzielona odpowiedź jest niepełna. W tym kryterium Odwołujący ocenił, że winien uzyskać 3 punkty. Dodał też, że model wzorcowy odpowiedzi Zamawiającego jest sformułowany w sposób ogólny. W opinii Odwołującego treścią rozmowy nie powinny być ogólne warunki sprawowania funkcji inżyniera nadzoru czy ogólny termin, a jedynie merytoryczne aspekty ocenianie w

kryterium.

W zakresie pytania nr 3 Odwołujący wskazał, że Inżynier rozpoczął wypowiedź od analizy przebiegów nieorganizowanych, niemniej w ostatniej części odpowiedzi wskazał, że przy przebiegach zorganizowanych należy zmienić przebiegi uwzględniając zamknięcia torowe. Odpowiedź udzielona przez Inżyniera, zdaniem Odwołującego, jest więc ostatecznie odpowiedzią udzieloną na temat, choć być może niepełną. Nie jest więc prawdą, że cyt.

„wypowiedź nie dotyczy tematu zadanego pytania”. Gdyby w taki sposób oceniać wypowiedź Inżyniera Odwołującego, to identycznie należałoby ocenić odpowiedź Inżyniera ECM Group, który wskazał na konieczność przeprowadzenia analiz i uzgodnień z Zamawiającym, ale nie wskazał na żadne konkretne działanie, jakie mogłoby być w wyniku tych analiz i uzgodnień poczynione w takiej sytuacji. Sama analiza zaistniałej sytuacji pod kątem możliwych do podjęcia działań, nie daje odpowiedzi na pytanie, jak rozwiązać zaistniały problem.

Odwołujący podniósł też, że w świetle wzorcowych odpowiedzi Zamawiającego powinien w tej kwestii otrzymać 1 pkt. Dodatkowo wskazuje na ocenę 1 punktu przyznaną Przystępującemu (treść odpowiedzi udzielona przez panią J.), co w jego ocenie świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 1 PZP poprzez niewłaściwą ocenę w tym kryterium. Podsumowano też, w zakresie pytań 2 i 3, iż przyznanie ilości punktów wskazanych przez Odwołującego spowodowałoby, iż jego oferta stałaby się najwyżej ocenioną w postępowaniu.

W stosunku do ... zarzutu błędnej oceny oferty Odwołującego w ... kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy” Odwołujący wskazał, że w zakresie Podkryterium 2 (PK2) uzyskał 16 pkt podczas gdy Odwołujący winien uzyskać, zgodnie z oceną przeprowadzoną przez Zamawiającego, 17 pkt.

Odwołujący zauważył, że:

- osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydent K1 w Podkryterium 1 pkt 1 otrzymała 4 pkt, w Podkryterium 1 pkt 2 otrzymała 4 pkt
- osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta K2 w Podkryterium 1 pkt 1 otrzymała 3 pkt, w Podkryterium 1 pkt 2 otrzymała 4 pkt
- osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta K3 w Podkryterium 1 pkt 1 otrzymała 0 pkt, w Podkryterium 1 pkt 2 otrzymała 4 pkt

Zaś punkty za doświadczenie Inżyniera Rezydenta (dla każdego kontraktu) przyznawane były następująco:

1)Pod kryterium 1 pkt 1:

- za Inżyniera Rezydenta Kontrakt 1-4 pkt
- za Inżyniera Rezydenta Kontrakt 2-3 pkt
- za Inżyniera Rezydenta Kontrakt 3-3 pkt

2)Podkryterium 1 pkt 2

-2 pkt za każdą inwestycję spełniającą wskazane parametry, max. 10 pkt.

- kandydat na Inżyniera Rezydenta K3 w Podkryterium 1 pkt 1 nie otrzymał punktów – 0 pkt w Podkryterium 1 pkt 2 otrzymał 4 pkt,
- Kandydat na Inżyniera Rezydenta K1 w Podkryterium 1 pkt 1 otrzymał - 4 pkt, w Podkryterium 1 pkt. 2 otrzymał - 4 pkt,
- Kandydat na Inżyniera Rezydenta K2 w Podkryterium 1 pkt 1 otrzymał - 3 pkt, w Podkryterium 1 pkt. 2 otrzymał - 4 pkt

Zatem, Odwołujący uważa, że w Podkryterium 1 pkt 1 suma otrzymanych punktów wynosi 7 pkt, w Podkryterium 1 pkt 2 suma otrzymanych punktów wynosi 12 pkt, lecz z uwagi na ograniczenie przez Zamawiającego maksymalnej liczby punktów za to podkryterium do 10 pkt, liczba punktów zostaje zmniejszona z 12 do 10.

Powyższe skutkować powinno, w ocenie Odwołującego, uzyskaniem przez niego w Podkryterium 2 (PK2) łącznie 17 pkt (7 pkt. za podkryterium 1 i 10 pkt za podkryterium 2).

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do rozstrzygnięcia wątpliwości, jeśli takie powstały, w związku z przedstawionym Zamawiającemu opracowaniem pt.: „Metodyka”, skutkiem czego, zamiast przyznać Odwołującemu maksymalną liczbę punktów w kryterium „Metodyka”, Zamawiający bez dokonywania uprzednich wyjaśnień przyznawał w Odwołującemu w podkryterium Ryzyka Projektu 0 pkt, Odwołujący podniósł, iż „jeśli po stronie Zamawiającego powstały jakiegokolwiek wątpliwości co do treści „Metodologii” w szczególności wobec przyjętego przez Odwołującego sposobu prezentacji jej treści Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.”

W ocenie Odwołującego redakcja art. 87 ust. 1 p.z.p. sugeruje wprowadzić, że skierowanie do Wykonawcy wezwania w tym trybie jest uprawnieniem Zamawiającego, jednak w orzecznictwie lży od lat dominuje pogląd, że ze względu na dyspozycję art. 7 ust. 1 p.z.p. uprawnienie to przeradza się w obowiązek, jeśli Zamawiający wątpliwości powziął, a wątpliwości te mogą stać się podstawą do podjęcia negatywnej dla Wykonawcy czynności, w

szczegółowości odrzucenia jego oferty.

W konsekwencji powyższego, zdaniem Odwołującego pomimo, że w niniejszej sprawie z odrzuceniem oferty Wykonawcy nie mamy wprowadzić do czynienia, niemniej skutkiem działań Zamawiającego jest przyznanie Odwołującemu 0 punktów w omawianym kryterium, co skutkuje utratą możliwości uzyskania zamówienia. Z tych względów, uprawnienie z art. 87 ust. 1 p.z.p. w niniejszej sprawie przeradzało się w obowiązek, któremu Zamawiający uchybił. Mimo ewidentnych wątpliwości Zamawiający nie wzywał

Odwołującego do wyjaśnień. Tymczasem, wyjaśnienie treści niejasnych w świetle orzecznictwa dotyczącego się rygoru należytej staranności - jest obowiązkiem Zamawiającego, a już w szczególności - jak to zostało wyżej wspomniane - w przypadkach, gdy może prowadzić do negatywnej oceny oferty (tutaj: przyznania 0 pkt przez komisję przetargową, co bezpośrednio przekłada się na obniżoną ocenę ogólną oferty Odwołującego).

Odwołujący skonstatował, że przydatność i adekwatność oferowanych działań nie ma charakteru subiektywnego, lecz stanowi kategorię obiektywną. Zatem, utrzymanie skrajnej punktacji w ww. działaniach przy jednoczesnym braku wezwania Odwołującego do wyjaśnień czyni przedmiotowe zaniechanie jeszcze bardziej jaskrawym.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie doświadczenia, jakie posiada osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu, względnie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1a pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania ECM Group do uzupełnienia oferty poprzez wykazanie, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, Odwołujący popierał twierdzeniem, iż wedle jego informacji p. Joanna Jurczyk od czerwca 2014 r. do grudnia 2016 r. była zatrudniona w PKP PLK S.A. na stanowisku zastępcy dyrektora regionu śląskiego do spraw projektów unijnych. Wcześniej, tj. od lutego 2010 r. do maja 2014 r. p. J. pracowała w Dolnośląskiej Służbie Dróg i Kolei we Wrocławiu na stanowisku dyrektora do spraw realizacji inwestycji, przy czym do jej obowiązków należało prowadzenie m ramienia województwa dolnośląskiego projektów inwestycyjnych w zakresie dróg i kolei, w tym nadzór nad pozyskaniem i rozliczeniem środków wspólnotowych. Także jej wcześniejsze doświadczenie, zdobyte przy udzielaniu i rozliczaniu zamówień publicznych i środków wspólnotowych, trudno uznać za spełniające wymagania SIWZ.

W konsekwencji powyższego wywiedziono, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, lub który zataił te informacje albo nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, bądź naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jako zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie należy przypisać Wykonawcy co najmniej niedbalstwo, bowiem nawiązując współpracę z p. J. J. mógł on z łatwością zweryfikować, jakim doświadczeniem dysponuje ta osoba. Informacje na ten temat p. J. J. publikuje w mediach społecznościowych, a ich sprawdzenie u poprzednich pracodawców nie nastręcza większych trudności - są to bowiem informacje, do których Wykonawca miałby dostęp choćby na zasadach określonych ustawą o dostępie do informacji publicznych (p. Joanna Jurczyk była poprzednio zatrudniona u publicznych zamawiających).

Na okoliczność, iż pani J. nie pełniła funkcji zgodnie z punktem 8.6.2. SIWZ, Odwołujący przedłożył wydruk z LinkedIn pani J.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści „Wykazu osób” (Potencjał kadrowy) i Wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert przedstawionych przez ECM Group i błędne przyjęcie, że treść tych Wykazów stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanego Wykonawcy Odwołujący argumentował co następuje

„W Wykazach osób podawane są informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym w większości przypadków są to informacje powszechnie dostępne lub takie, do których wykonawcy konkurencyjni mogą z łatwością uzyskać dostęp (np. zwracając się do zamawiającego z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, zapoznając się z dokumentacją wytworzoną na potrzeby realizacji zamówień publicznych, np. z protokołami odbioru robót, projektami budowlanymi itd.). Wreszcie, tak, jak w niniejszej sprawie, same osoby zainteresowane, np. na forach mediów społecznościowych wprost wskazują, jakim doświadczeniem dysponują, by móc nawiązać kontakt z potencjalnym pracodawcą (mowa tu o p. J., która jak wynika z

udostępnionych Odwołującemu informacji ma być Zatrudniona jako Inżynier Projektu)."

Następnie Odwołujący w sposób obszerny zacytował poglądy doktryny i orzecznictwa w zakresie definicji, warunków jakie musi spełniać czy sposobu wykazywania prawidłowości objęcia informacji, zastrzeżonej na kanwie art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dalej argumentowano, iż „Uzasadnienie „utajnienia” obu Wykazów zawarte w ofercie ECM Group zawiera bardzo podobną i równie ogólną argumentację, jak ta będąca przedmiotem oceny Izby w powołanym wyroku. Wykonawca ECM Group bardzo ogólnie wskazuje na możliwość podkupienia personelu, na „złe doświadczenia z przeszłości itd., jednak pozostają to stwierdzenia ogólne, niepoparte dowodami, gołosłowne.”, zaś na zakończenie Odwołujący dodał, że „Wobec powyższych wniosków, z całą pewnością niezgodne z prawem było nieujawnienie przez Zamawiającego Wykazów osób, jest bowiem oczywiste, że te informacje dotyczą się wyłącznie bieżącego postępowania i nie mają waloru

technicznego, technologicznego czy organizacyjnego. Informacje zawarte w ofercie Wykonawcy nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, a zatem nie mogły stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.”

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. odpowiedź na powyższe odwołanie wniósł pełnomocnik wskazując, iż wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, dopuszczenie dowodów powołanych w odpowiedzi na odwołanie, oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożoną fakturą VAT.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem, *a contrario*, musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu były zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez Zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (tak wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które Odwołujący stawia zachowaniu Zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji Stron, dopuszczono - po stronie Zamawiającego, Wykonawcę ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (dalej zwany jako "Przystępujący").

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu oraz stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania

oudzielenie zamówienia publicznego uwierzytelnioną przez Zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie Odwołujący i Zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, a Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze tak określony spór, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Ponadto Izba stwierdziła z urzędu, do czego była zobowiązana, spełnienia przez Odwołującego hipotezy art.

179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wykazał, a Zamawiający nie kwestionował interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Jak podniósł Odwołujący jest on zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, w tym celu w postępowaniu złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednakże, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. nie uzyskał zamówienia. Odwołujący powołał się na fakt, że może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami p.z.p. dokonując wszystkich wskazanych w odwołaniu zaniechanych czynności, to Odwołujący mógłby uzyskać większą liczbę punktów w kryterium oceny ofert „Metodologia” i jego oferta sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu. Tym samym wskazane w odwołaniu działania i zaniechania Zamawiającego mogły doprowadzić do pozbawienia Odwołującego, sprzecznie z prawem, możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku. Dodatkowo wykazanie, że oferta ECM Group podlega odrzuceniu, względnie, że Wykonawca ten powinien być wykluczony, również pozwoliłoby Odwołującemu na uzyskanie zamówienia.

Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania oraz replikę Zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała że zarzuty odwołania sprowadzają problematykę sprawy do trzech osi sporu:

- uznania przez Zamawiającego za prawidłowo zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego,
- zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania,
- sposobu dokonania oceny oferty Odwołującego w pozacenowych kryteriach określonych przez Zamawiającego jako Doświadczenie personelu Wykonawcy oraz Metodologia, w zakresie obu podkryteriów - PK1 - Ryzyka Projektu oraz PK2 - Rozmowa z inżynierem Projektu.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *„Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”*. Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia przez Zamawiającego:

- 1.art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert, określonymi w pkt 19.8 SIWZ - IDW,
- 2.art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. do rozstrzygnięcia wątpliwości, jeśli takie powstały, w związku z przedstawionym Zamawiającemu opracowaniem pt.: „Metodyka” („Metodyką” Odwołujący nazwał przygotowane przez siebie opracowanie dotyczące ryzyk projektu, oceniane w zakresie podkryterium „Metodologii”).

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć lub ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie okoliczności faktycznych ujętych w zarzutach odwołania wyżej wskazanych, a zawartych w punktach 2 i 3. Twierdzenia w zakresie tych okoliczności podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej tych stron i nie mogących uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez Odwołującego zaniechań.

Mając powyższe na uwadze, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie odwołującemu punktów w kryterium „Metodologia”, podkryterium Ryzyka Projektu PK1 i w podkryterium Rozmowa z Inżynierem Projektu PK2, zgodnie z zasadami opisanymi w uzasadnieniu orzeczenia.

U podstaw takiego orzeczenia, co do zakresu żądań podniesionych w odwołaniu, legła ocena - w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert, określonymi w pkt 19.8 SIWZ - IDW, że działanie Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego odbyło się w sposób sprzeczny z prawem, a przez to naruszyło art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., a także normę zrekonstruowaną na podstawie obu tych przepisów w związku ze sobą.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p.: *"Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia."* Aby wyłożyć sens tego przepisu, należy odwołać się do podstawowych cech, jakie muszą spełniać kryteria - muszą być one związane z przedmiotem zamówienia (art. 91 ust. 2c p.z.p.), jednoznaczne i zrozumiałe (art. 91 ust. 2d p.z.p.), muszą mieć charakter przedmiotowy, nie zaś podmiotowy (art. 91 ust. 3 p.z.p.) - por. opinia UZP „Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia” oraz zapewniać zgodność oceny z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Z powyższych cech wyprowadzić należy bodaj najważniejszą, logicznie z nich wypływającą - obiektywizm. Kryteria bowiem muszą służyć ocenie dokonywanej wedle ustalonego, zakomunikowanego uczestnikom postępowania wzorca i zapewniać obiektywny miernik analizowanej cechy oferowanego przedmiotu lub usługi.

Powyższe rozważania są o tyle istotne, że zasady formułowania kryteriów należy odnosić również, *mutatis mutandis*, do ich praktycznego zastosowania. W szczególności dokonując, w toku odtworzenia modelowego procesu zastosowania oceny danego kryterium w świetle zapisów SIWZ, wykładni zapisów SIWZ regulujących ocenę ofert w pozacenowych kryteriach, powyższe zasady mają istotne, wręcz fundamentalne znaczenie, dla oceny okoliczności, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów w świetle art. 65 § 1

Kodeksu cywilnego, stosowanego w powiązaniu z art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego w ramach tzw. wykładni kombinowanej oświadczeń woli w przypadku, gdy wykładnia językowa nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów lub z innych przyczyn należy przypuszczać, że literalne brzmienie zapisu nie oddaje rzeczywistej woli stron (lub jego twórcy). Przy tym fakt, że SIWZ stanowi woli Zamawiającego, i jako taka podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego nie budzi w praktyce żadnych wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 31 marca 2014 r. sygn. akt KIO 503/14).

Podsumowując, przy analizie i rekonstrukcji modelowego postępowania na potrzeby badania zgodności z prawem konkretnego postępowania, w ramach oceny ofert należy mieć na uwadze, że w toku wykładni podstaw tej oceny konieczne jest zachowanie podstawowych zasad konstrukcji kryteriów i zmierzać do ich interpretacji w zgodzie z prawem krajowym i unijnym. Przyjęcie innego modelu interpretacyjnego obarczone byłoby wadą przyjęcia *a priori*, że Zamawiający, dokonując czynności, nie chciał zachować się zgodnie z prawem. Założenie takie należy zatem z góry odrzucić jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz kryterium minimum staranności zachowywanej w profesjonalnym obrocie.

Mając na uwadze powyższe wywody, należy zauważyć, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia analizowanego w niniejszej sprawie Zamawiający zmienił zapisy SIWZ dotyczące oceny ofert, zmieniając także zakres oceny poszczególnych kryteriów – w tym ich wagę (cena - z 50% na 40%, metodologia - z 20% na 30%). Już to zachowanie skutkowało musiało daleko posuniętą ostrożnością i podwyższeniem standardu staranności w zakresie procesu oceny, rodziło bowiem ryzyko naruszenia zasad przejrzystości i konkurencyjności - warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15, TNS Dimarso NV vs. Vlaamse Gewest, gdzie Trybunał zauważył, że: *"W szczególności waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia powinna, z zastrzeżeniem przepisów art. 53 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2004/18, zostać jasno ustalona od samego początku przetargu, aby w ten sposób umożliwić oferentom obiektywne ustalenie faktycznego znaczenia danego kryterium udzielenia zamówienia w stosunku do innych podczas późniejszej oceny dokonywanej przez instytucję zamawiającą. Także stosunkowa waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia nie powinna ulegać zmianie przez cały czas trwania przetargu."* Zaznaczyć należy, iż 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z tabelą korelacji będącą załącznikiem nr XV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, w Dyrektywie 2014/24/UE znajduje się w art. 67 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE.

Finalnie, konfrontując poszczególne elementy dokonanej w sprawie przez Zamawiającego, a zakwestionowanej przez Odwołującego oceny, Izba doszła do przekonania, że tej staranności Zamawiający nie dochował, bowiem arbitralnie odszedł on od wyznaczonych przez siebie w pkt 19.8 SIWZ procedur oceny ofert, i w miejsce tego zaoferował ocenę ugruntowaną w wysoce dowolnej interpretacji zapisów SIWZ.

W zakresie Podkryterium PK1 - Ryzyka Projektu, w ramach czynności objętej zarzutem naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. w toku dokonywania oceny oferty złożonej przez Odwołującego (Odwołujący zarzucił jej dokonanie w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 19.8 SIWZ – IDW) Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 pkt oceniając sporządzone przez Odwołującego opracowanie w zakresie Ryzyk Projektu. W toku postępowania dowodowego w sprawie ujawniono (wobec braku na etapie dokonywania oceny ofert), że Zamawiający dokonał tej czynności w oparciu o dyrektywę oceniania zawartą w SIWZ, wskazującą, że *"Oferta otrzyma 0 punktów za*

opis pojedynczego Ryzyka w przypadku, gdy Wykonawca opisując ryzyko (...) nie wskaże wszystkich elementów wymienionych (...)." Odwołujący podtrzymał w tym zakresie swoje zastrzeżenia wskazując, że Zamawiający, mając na uwadze przytoczone w odwołaniu reguły oceny zawarte w SIWZ, nie mógł dokonać takiej oceny.

Mając na uwadze powyższe, Izba ustaliła, że w tym zakresie SIWZ wyznaczyło trzy punktowane zagadnienia, nazywane przez Zamawiającego elementami, opisane w PK1, w zakresie opracowania Wykonawcy, określone w lit. a) – c), które musi zawierać metodologia, a są to: a) wskazanie ryzyka, b) sposób zapobiegania wystąpieniu ryzyka oraz c) sposób minimalizowania skutków w przypadku wystąpienia ryzyka - trafne wskazanie któregośkolwiek z nich, wedle zapisów SIWZ, skutkuje przyznaniem 1 pkt. Obok tych trzech pozytywnych elementów oceny przewidziano dyrektywę precyzującą, zgodnie z którą Wykonawca może otrzymać maksymalnie 3 punkty za prawidłowe, łączne wskazanie powyższych zagadnień w odniesieniu do każdego z 10 kluczowych elementów projektu (razem 30 pkt).

Do tych pozytywnych elementów oceny Zamawiający dodał kolejny, który jak wynika z jego postępowania opisanego powyżej, potraktował jako dyrektywę ogólną, pozwalającą na arbitralne obniżenie ilości punktów przyznanych konkretnej ofercie w zakresie danego zagadnienia do 0 - w przypadku, gdy *"wykonawca opisując ryzyko (...) nie wskaże łącznie wszystkich elementów [zagadnień] wymienionych (...) powyżej."* Dyrektywa ta nie mogła jednak zostać wykorzystana w sposób taki, jak to uczynił Zamawiający.

Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, że z prawidłowej wykładni w świetle treści językowej opisu punktacji zagadnień wynika wprost, że za trafne

zidentyfikowanie każdego z nich (spośród trzech określonych w pkt a) - c)) Wykonawca otrzymuje 1 pkt (za zidentyfikowanie i opisanie wszystkich - razem 3 punkty za ryzyko). Zamawiający tymczasem wyłożył zapisy SIWZ w taki sposób, że dyrektywa, którą wybrał, uzyskiwała absolutne pierwszeństwo przed pozostałymi zasadami punktacji - w ten sposób doprowadzając do sytuacji, w której prawidłowo odtworzony tok oceny (z przyjęciem interpretacji Zamawiającego) skutkuje wnioskiem, że podmiot, który otrzyma 1 lub 2 punkty z Zakresu opracowania lit. a) – c), otrzyma jednocześnie 0 punktów.

Co oczywiste, nie jest możliwa sytuacja, w której zgodnie z pkt 19.8 SIWZ Wykonawca otrzyma zarówno 1 lub 2 pkt jak i 0 pkt i to do dowolnego wyboru Zamawiającego pozostanie, którą punktację uznać za wiążącą w zakresie danego zagadnienia.

Należy więc postanowienie, iż Wykonawca otrzyma 0 punktów za opis pojedynczego Ryzyka w przypadku, gdy Wykonawca opisując ryzyko odnoszące się do tego kluczowego elementu Projektu, nie wskaże łącznie wszystkich elementów wymienionych w pkt a) - c) interpretować zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. tak, aby zachować jego zgodność z prawem. Nie należy zatem redukować do 0 pkt sytuacji, kiedy Wykonawca w opracowaniu wskaże elementy [zagadnienia] opisane w kryterium PK1 w lit. a) – c). Tak więc jeśli Wykonawca uzyskałby za opracowanie w zakresie danego ryzyka 1 lub 2 pkt, to dokładnie tyle powinien otrzymać, zaś 0 pkt Wykonawca będzie mógł otrzymać wyłącznie wtedy, kiedy nie otrzyma żadnej punktacji z zakresu opracowania co do konkretnego ryzyka.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie, w „Metodyce” Odwołującego, będącym dokumentem określającym ryzyka projektu, objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, niewątpliwie wskazano ryzyka, spośród określonych przez Zamawiającego w załączniku 1C do formularza ofertowego, w związku z czym przyznanie Odwołującemu 0 punktów, w kryterium PK 1, jest działaniem nieuprawnionym. Ich ostateczna ilość jest uzależniona od oceny komisji przetargowej uwzględniającej uzyskane wyjaśnienia i samą treść dokumentu.

Tylko taka interpretacja, w świetle zasady art. 7 ust. 1 p.z.p., stanowiącego, że: *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości."*, interpretowanego z uwzględnieniem zasad wynikających z art. 67 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, może zostać uznana za prawidłową.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że interpretacja powyższa jest szczególnie uzasadniona w świetle art. 7 ust. 1 p.z.p. z uwagi na stosowany przy wyliczaniu punktacji

wzór matematyczny, który zapewniał Wykonawcy uzyskującemu największą liczbę punktów w kryterium Metodologii maksymalną wartość oceny tego kryterium, w sposób matematyczny zwiększając "wagę" tego kryterium w porównaniu z ceną.

W świetle przyjętej w SIWZ procedury oceny bowiem Wykonawca, który otrzymał w kryterium metodologii najwyższą punktację częściową, otrzymywał maksymalną wartość punktową za to kryterium - nie musiał w tym zakresie wykazać się szczególną wiedzą ani umiejętnościami (gwarantującymi uzyskanie obiektywnie wysokiej punktacji) - w zupełności wystarczające było, że okazał się lepszy od swoich konkurentów. Nawet najmniejsze wahania w zakresie oceny kryterium metodologii miały zatem determinujący wpływ na wynik postępowania. Aby zatem

zapewnić praktyczne utrzymanie zasady zmierzania do wyboru oferty ekonomicznie najkorzystniejszej i nie ryzykować wyboru oferty dużo droższej przy niewielkiej realnej przewadze jakościowej, Zamawiający musi wykazać szczególną staranność przy ocenie pozacenowych kryteriów i zmierzać do zgodnej z duchem podstawowych zasad ustawy p.z.p. wykładni przyjętej w SIWZ metodologii oceny (por. argumentację ETS zawartą w cytowanym wcześniej wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15, TNS Dimarso NV vs. Vlaamse Gewest).

Odnosząc się natomiast do Podkryterium PK2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu zauważyć należy, że w SIWZ wprowadzono czterostopniową skalę ocen tego Podkryterium - 0 punktów za niestawiennictwo, brak zgody na rejestrowanie rozmowy, brak odpowiedzi na pytanie lub odpowiedź nie dotyczącą tematu zadanego pytania; 1 punkt za udzielenie odpowiedzi niepełnej; 3 punkty za udzielenie pełnej odpowiedzi, zaś 5 punktów za wyczerpujące omówienie tematu z podaniem innowacyjnych rozwiązań w zakresie zadanych pytań. Izba uznała zarzut w tym zakresie za częściowo potwierdzony w zakresie odpowiedzi na pytanie 2 i 3.

Powyżej przedstawiona skala ocen, już po jej przeanalizowaniu przez pryzmat wykładni językowej pod kątem odtworzenia modelowego sposobu oceniania budzi pewne wątpliwości. Poszczególne oceny są bowiem wysoce nieostre i silnie rozstawione na skali obiektywnej poprawności z bardzo dużym naciskiem na jej koniec - ich praktyczne zastosowanie wymagało zatem dokonania w każdym przypadku szczegółowej oceny celem uniknięcia sytuacji, w której przyznana punktacja nie odzwierciedlałaby obiektywnie różnic pomiędzy poszczególnymi ofertami.

Wypada w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający, zgodnie z treścią SIWZ, miał dokonać oceny w jakim zakresie udzielona na dane pytanie odpowiedź pokrywa się z tematem pytania - nie zaś jej zgodności z odpowiedzią wzorcową, która nie została w żaden sposób w SIWZ uregulowana i mogła mieć jedynie pomocniczy charakter merytoryczny.

Jak wynika tymczasem z uzasadnienia zaoferowanego przez Zamawiającego (*nota bene* - dopiero po wniesieniu odwołania w sprawie) - to nie proces oceny z SIWZ, a zupełnie odmienny proces oparty na wzorcowych odpowiedziach stał się podstawą oceny rozmowy z inżynierem Odwołującego.

Abstrahując od kwestii oceny wzorcowej, dokonując rekonstrukcji modelowej, zgodnej z prawem oceny w zakwestionowanym w odwołaniu zakresie, odtwarzając odpowiedzi na pytania i próbując umieścić je na skali ocen, przyporządkowując danej odpowiedzi ilość punktów najbliższą temu, jak dalece udzielona odpowiedź zbieżna była z tematem zadanego pytania, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający tej oceny nie dokonał prawidłowo.

Skala ocen w SIWZ nie różnicowała odpowiedzi zbieżnej z tematyką zadanego pytania w sposób więcej niż niepełny, a mniej niż pełny. Należy przy tym wskazać, że w SIWZ do oceny wykorzystano skalę ocen (19.8 SIWZ - PK2 ust. 9 lit. a), co oznacza, że zakres jej był wyczerpujący - postanowienia te nie zostały zresztą przez żadnego z Wykonawców zakwestionowane. Istotą skali ocen jest to, że w sposób usystematyzowany pozwala ona na alokację każdej odpowiedzi na odpowiedni odcinek skali i powiązanie z nim wartości punktowej. Jest to system odmienny od czasem stosowanego systemu progowego, który pozwala na binarną ocenę uzyskania bądź nieuzyskania konkretnego punktu - system ten zresztą dobrze był znany Zamawiającemu, ponieważ sam użył go w zakresie oceny Podkryterium Ryzyka Projektu.

Posługując się skalą ocen, Zamawiający zobowiązany był do przyjęcia, że każda odpowiedź, której bliżej, nawet nieznacznie, do odpowiedzi pełnej, niż do odpowiedzi niepełnej, musiała zostać oceniona na 3 pkt. Zamawiający ocenę tą potraktował pomimo wyznaczonej przez siebie samej skali ocen odmiennie od tego wzorca - przyjmując, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, wbrew SIWZ, że tylko odpowiedź całkowicie kompletna, a do tego zgodna z niewiążącym wzorem odpowiedzi, może zostać oceniona na 3 pkt - tak więc wedle interpretacji Zamawiającego, skala okazała się całkowicie iluzoryczna - poza pełną odpowiedzią (wartą 3 pkt) lub odpowiedzią pełną zawierającą dodatkowo innowacyjne rozwiązania (5 pkt) każda inna odpowiedź była warta 1 pkt bądź 0 pkt. Interpretacja taka w sposób oczywisty nie ostaje się zarówno w świetle literalnego brzmienia jak i prawidłowej wykładni zapisów SIWZ. Wobec tego stwierdzić należy, iż Zamawiający w sposób arbitralny odszedł w niniejszej sprawie w zakresie oceny oferty Odwołującego od wyznaczonej w SIWZ skali ocen i dokonał jej *de facto* modyfikacji na etapie oceny odpowiedzi inżyniera, co należy uznać za sprzeczne z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Przenosząc powyższe na sytuację Odwołującego należy pobocznie zauważyć, że w zakresie pytania drugiego oraz trzeciego jego odpowiedzi nie zostały prawidłowo ocenione

- w obu przypadkach przyznana Odwołującemu punktacja nie znajdowała uzasadnienia w skali ocen i była wynikiem arbitralnego przyjęcia przez Zamawiającego systemu progowego, którego punktem odniesienia był wzorzec odpowiedzi.

W związku z tym, w zakresie tych dwóch pytań przyznano Odwołującemu mniej punktów, niż otrzymałby, gdyby oceny dokonano w sposób prawidłowy, ponieważ odpowiedzi inżyniera były zgodne z tematem pytania - a w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 2, był niewątpliwie bliższy odpowiedzi pełnej niż niepełnej. Zamawiający nie

kwestionował przy tym, że to wzorzec odpowiedzi stanowił podstawę oceny wskazując na rozprawie, że 5 pkt mogła otrzymać odpowiedź, która wykraczała poza wzorcową.

Również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty znalazł częściowe potwierdzenie w toku postępowania. W istocie ze stanu faktycznego sprawy wynika bowiem, że Zamawiający powziął pewne wątpliwości co do treści oferty Odwołującego w zakresie w jakim oceniał ją pod kątem kryterium Metodologii, podkryterium Ryzyka Projektu (PK1). Zamawiający, w miejsce wyjaśnienia tych wątpliwości, zdecydował o przyznaniu Odwołującemu zerowej liczby punktów w tym zakresie.

Zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą KIO oraz Sądów powszechnych przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. ("*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*"), choć stanowi prerogatywę Zamawiającego, znajduje jednak obligatoryjne zastosowanie w sytuacji, w której Zamawiający obiektywnie poweźmie wątpliwości co do treści złożonej oferty - por. wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 51/17, gdzie Izba wskazała, że: "*Mając na uwadze powyższe, art. 87 ust. 1 Pzp należy odczytywać zarówno jako uprawnienie zamawiającego, zależne od jego uznania, jak i prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. KIO/UZP 992/09; KIO/UZP 1519/09; KIO/UZP 1520/09)".*

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie cytowane powyżej poglądy w całości podziela i wskazuje, że Zamawiający, dochowując należytej staranności w toku badania i oceny oferty nie może swoich wątpliwości zignorować lub arbitralnie ich rozstrzygnąć - każde bowiem rozstrzygnięcie - czy to korzystne dla Wykonawcy czy też nie, naruszyłoby bowiem art. 7 ust. 1 p.z.p., ponieważ prawu zamówień publicznych nie jest znana zasada rozstrzygania wątpliwości w treści oferty na korzyść którejkolwiek ze stron postępowania wskazanej przez ustawodawcę (por. w innych gałęziach prawa - *in dubio pro reo* w prawie karnym, *in dubio pro tributario* w prawie podatkowym czy *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym od 01.06.2017 r.).

W niniejszej sprawie Zamawiający, pomimo obiektywnych, materialnie możliwych do stwierdzenia wątpliwości w zakresie oferty Odwołującego (skutkujących zresztą przyznaniem tej ofercie w PK1 zerowej liczby punktów) nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty pomimo, iż było to celowe i konieczne dla dokonania jej prawidłowego badania i oceny. Zamawiający co prawda kwestionował istnienie tych wątpliwości, jednakże ich istnienie w sposób oczywisty wynika z zestawienia kryteriów oceny PK1 oraz oferty Odwołującego, a także, a może przede wszystkim z faktu zaniechania przez Zamawiającego sporządzenia przy dokonaniu czynności (w zgodzie z art. 92 ust. 1 *in fine* p.z.p.) uzasadnienia faktycznego i prawnego dla przyznanej w tym zakresie Odwołującemu punktacji, którą Zamawiający sporządził dopiero po zapoznaniu się z zarzutami odwołania.

Gdyby zatem Zamawiający, jak twierdzi, wątpliwości co do treści oferty Odwołującego nie miał, wówczas nie miałby również żadnej trudności w sprostaniu elementarnemu obowiązkowi jakim jest niezwłoczne poinformowanie wykonawców o wyborze, łącznie z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, i nie musiałby uzupełniać oczywistego braku uzasadnienia dokonanej oceny dopiero w toku postępowania przed Izbą.

Ponadto należy zauważyć, że argumentacja Zamawiającego na rozprawie sprowadzała się *de facto* do zarzucania Odwołującemu sporządzenia ocenianego dokumentu nie w takiej formie jakiej oczekiwał Zamawiający. Przy czym nie było sporne, że żadna wiążąca forma, ani szablon nie został w treści SIWZ narzucony Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Jeżeli więc problemy Zamawiającego sprowadzały się do braku umiejętności odkodowania załączonego i ocenianego dokumentu nie istniały żadne przeszkody aby wezwać Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. do przedstawienia zero- jedynkowego zestawienia zawierającego informację jakie ryzyko znajduje się na jakiej stronie lub kilku stronach dokumentu, a nawet w jakim akapicie. Izba w składzie orzekającym w sprawie stoi również na stanowisku, iż nie miałoby to prowadzić do zmiany treści oferty, ale jedynie do odkodowania treści ocenianego dokumentu np. w taki sposób, jak uczynił to w ramach złożonego odwołania Odwołujący.

Konsekwencją powyższego było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie odwołującemu punktów w kryterium „Metodologia”, podkryterium Ryzyka Projektu PK1 i w podkryterium Rozmowa z Inżynierem Projektu PK2. Dokonując ponownej czynności Zamawiający uwzględni prawidłową wykładnię skonstruowanej przez siebie w SIWZ skali ocen w zakresie PK2, a w zakresie PK1 uwzględni ujęte w SIWZ zasady przyznawania punktów w zakresie opracowania lit. a) – c) i w sytuacji, w której oferta w zakresie elementów wskazania ryzyka, sposobu zapobiegania wystąpieniu ryzyka oraz sposobu minimalizowania skutków w przypadku wystąpienia

ryzyka uzyska punkty, zaniecha obniżania tej punktacji do 0 z powołaniem się na zapis akapitu piątego PK1 ("Oferta otrzyma 0 punktów za opis pojedynczego Ryzyka w przypadku (...)") - przy czym nie sposób wykluczyć na tym etapie możliwości wystąpienia konieczności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium „Metodologia” co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, Izba zmuszona była, w stanie na dzień wyrokowania, do uznania tego zarzutu za niezasadny, jednakże jedynie z uwagi na art. 192 ust. 2 p.z.p. Niewątpliwie bowiem sama czynność Zamawiającego była dokonana z naruszeniem dyspozycji art. 92 ust. 1 p.z.p.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 1 p.z.p. *in fine*, zwrócić należy uwagę na fakt, iż nakazuje on Zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich Wykonawców o m.in. wyborze najkorzystniejszej oferty, przy czym *"Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne."*

Podobnie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: *"W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów".* Nadto, identycznie w wyroku Sądu (Pierwszej Instancji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z dnia 20.10.2011 r. w sprawie T-57/09 Alfastar Benelux S.A.

Już zatem pobieżna analiza zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 września 2017 r., gdzie Zamawiający podał wyłącznie liczby punktów w kryteriach, uzyskane przez poszczególnych Wykonawców, bez jakiegokolwiek objaśnienia co do podstaw faktycznych jakie legły przy przyznaniu ilości punktów, wskazuje na to, że czynność Zamawiającego pozostawała w sprzeczności z dyspozycją tego przepisu, albowiem nie zawierała ona wymaganego wprost przez przepis prawa uzasadnienia i takie uzasadnienie nie zostało przez Zamawiającego sporządzone.

Jako wskazują liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wynikające z powołanego brzmienia analizowanego przepisu (por. wyrok KIO 638/17; wyrok KIO 517/17, wyrok KIO 1072/17, 1076/17, 1078/17 i 1090/17), uzasadnienie dokonanej oceny w pozacenowym kryterium jest obligatoryjnym elementem informacji o wyborze. Brak tego uzasadnienia w sposób fundamentalny narusza nie tylko zasadę jawności postępowania, ale również prawo do wniesienia środków ochrony prawnej - Wykonawca, któremu przyznano mniejszą niż maksymalna ilość punktów w tym kryterium nie jest bowiem w stanie w żaden sposób ustalić, co legło u podstaw tej oceny.

Należy podkreślić, że w istocie stanowisko Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego poznał dopiero po złożeniu odwołania, gdyż pismem z dnia 12 października 2017 r., na dzień przed posiedzeniem wyznaczonym na 13 października 2017 r., Zamawiający uzupełnił zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym, mając na względzie dyspozycję art. 192 ust. 7 p.z.p. nakazującą rozpoznawanie sprawy w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów, przy uwzględnieniu dyspozycji art. 191 ust. 2 p.z.p., który stanowi iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie, po wniesieniu odwołania, Zamawiający dokonał uzupełnienia uzasadnienia faktycznego w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jakkolwiek postępowanie takie Izba ocenia jako naganne, i wzięła pod uwagę logicznie wynikającą z tej okoliczności trudność po stronie Zamawiającego we wskazaniu podstaw dokonanej oceny, sam zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 p.z.p. *in fine*, z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 p.z.p. nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Zaznaczyć przy tym wyraźnie należy, iż działanie Zamawiającego, polegające na sporządzaniu i przekazywaniu uzasadnienia faktycznego co do punktacji przyznanej złożonym w postępowaniu ofertom dopiero po wniesieniu przez Wykonawcę środka ochrony prawnej i po zapoznaniu się z zarzutami odwołania, nie zasługuje na aprobatę, a tym samym należy je ocenić jednoznacznie negatywnie.

Ponadto, twierdzenie Zamawiającego, iż opis kryteriów i dokonywania ich punktacji był na tyle szczegółowy i jednoznaczny, że treść zawiadomienia o wyborze z 19.09.2017 r. była wystarczająca, stoi wprost w sprzeczności z dokonaną czynnością uzupełnienia tejże informacji w dniu 12.10.2017 r. Nie sposób przy tym nie zwrócić uwagi na niekonsekwencję Zamawiającego, który z jednej strony podnosi tezę o tym, iż samo udostępnienie punktacji przyznanej ofertom czyni zadość wymogowi art. 92 ust. 1 p.z.p. *in fine*, a z drugiej później sporządza i włącza uzasadnienie faktyczne przyznanej punktacji do postępowania na dzień przed wyznaczonym posiedzeniem w sprawie.

Dodatkowo, w ocenie Izby w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, informacja Zamawiającego z dnia 12 października 2017 r., bez znaczenia czy nazwana uzupełnieniem do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowi nową czynność Zamawiającego, od której służy prawo wniesienia odrębnego środka ochrony prawnej, bowiem dokument ten nie istniał w postępowaniu przed złożeniem odwołania, tym samym dopiero 12 października 2017 r. Zamawiający podjął próbę wypełnienia dyspozycji art. 92 ust. 1 *in fine* p.z.p. i przekazania Wykonawcom uzasadnienia faktycznego przyznanej ofertom punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

Uzupełnienie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej miało również bezpośredni wpływ na nie uwzględnienie przez Izbę części zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zakresie dokonania oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 19.8. SIWZ - IDW, poprzez przyznanie zbyt małej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”. Z racji, iż czynność Zamawiającego polegająca na uzupełnieniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 12 października 2017 r., została dokonana po wniesieniu odwołania w sprawie, zarzut ten zatem w zakresie w jakim odnosił się do czynności jeszcze nie przeprowadzonej w dacie jego postawienia nie mógł być przedmiotem szczegółowej analizy przez Izbę, pod kątem naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, tożsame odnosi się do merytorycznej oceny w kryterium „Metodologii” opracowania Odwołującego w zakresie ryzyk projektu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie

doświadczenia, jakie posiada osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu, względnie zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty poprzez wykazanie, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, został oddalony przez Izbę jako bezzasadny.

Na wstępie zauważyć należy, iż treści wykazów osób, w tym Załącznika nr 6a – zgodnie z pkt 9.7.4 SWZ – będącym wykazem osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - potencjał kadrowy Przystępującego, został skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzut dotyczy doświadczenia p. J. J., w korelacji z wymaganiami dla Inżyniera Projektu, określonymi w pkt. 8.6.1 ppkt 1 SIWZ. Zamawiający wymagał kwalifikacji i doświadczenia w zakresie:

„- *wykształcenie wyższe;*

-*minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub Dyrektora Projektu lub równorzędnym w zakresie zarządzania projektami inwestycyjnymi;*

-*w ciągu ostatnich 10 lat liczonych do terminu składania Ofert w postępowaniu zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, na stanowiskach, o których mowa powyżej, na minimum 2 inwestycjach infrastruktury transportowej w tym przynajmniej 1 dotyczącej infrastruktury kolejowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej) realizowanych w oparciu o warunki kontraktu FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe.”*

Na okoliczność braku wymaganego doświadczenia pani J., wskazaną na tą funkcję Odwołujący przedłożył dowód - internetowy wydruk z profilu LinkedIn pani J., zaś Przystępujący – na okoliczność posiadania odpowiedniego doświadczenia złożył kartę opisu stanowiska pracy p. J., przy czym dowód zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, jako zawierający dane z wykazu osób.

W zakresie złożonych dowodów Izba stwierdziła, że wydruk ze strony internetowej portalu społecznościowego, pomijając już kwestie jego autentyczności oraz oczywistego braku weryfikacji jego merytorycznej zawartości przez (nieznanego) twórcę, nie mógł doprowadzić do podważenia informacji zawartych w karcie opisu stanowiska pracy. Co

więcej, karta ta, poza posiadaniem waloru dokumentu (którego wydruk ze strony internetowej w sposób oczywisty nie posiada) w wyczerpująco wyjaśniła na jakim stanowisku pracownik był zatrudniony i jakie czynności wykonywał.

Izba, w związku z powyższym, oparła się w zakresie ustalania stanu faktycznego na karcie opisu stanowiska pracy, wydrukowi zaś z wskazanych przyczyn odmawiając przyznania jakiejkolwiek mocy dowodowej.

Krótko stwierdzić należy, przy poszanowaniu zastrzeżenia spornych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, że zarzuty wskazane przez Odwołującego, jako zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania czy też zaniechanie wezwania do uzupełnienia oferty w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu, nie potwierdziły się.

Osoba wskazana do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu posiada wymagane doświadczenie, przy czym warto zauważyć jak słusznie podniósł Przystępujący, iż w treści warunku co do wymogu stanowiska określono je również jako „równorzędne”. W związku z czym osoba ta nie musiała zajmować stanowiska literalnie określonego jako inżynier projektu/inżynier rezydent/inżynier nadzoru, a wykonywać czynności takie jak osoby zatrudniane na tak nazwanych stanowiskach.

Mając na uwadze powyższe nie wykazano naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, lub który zataił te informacje albo nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Nie wykazano również zarzucanego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jako zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uwzględniła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego stwierdzając, iż Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu w tym zakresie, co skutkowało brakiem odpowiedniego wykazania czynności Zamawiającego, które naruszałyby przepisy ustawy w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Nie został uwzględniony przez Izbę również zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu treści „Wykazu osób” (Potencjał kadrowy) i Wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert przedstawionych przez ECM

Group i błędne przyjęcie, że treść tych Wykazów stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanego Wykonawcy. Pomimo obszerności uzasadnienia odwołania, zawarte w nim twierdzenia dotyczące kwestionowanej czynności Zamawiającego w bardzo ograniczony sposób odnoszą się do dokumentu uzasadnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego, można odnieść wrażenie, że sama zastrzeżona informacja pozostała poza zasięgiem

prowadzonego wyводу, a w miejsce rzeczowego powiązania postawionego zarzutu z tą indywidualną sprawą odwołanie pozostało w sferze akademickiej analizy problematyki zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, wraz z obszernymi cytacjami fragmentów orzecznictwa, przy marginalnym odniesieniu się do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w tymże postępowaniu.

Orzecznictwo Izby w zakresie zagadnienia objęcia ochroną tajemnicą przedsiębiorstwa jest ugruntowane - wskazuje na to chociażby szereg wyroków zacytowanych przez Odwołującego w treści odwołania czy przez Przystępującego w uzasadnieniu dokonania takiego zastrzeżenia. Nie powielając już przedstawionych tam wywodów, krótko wskazać należy, iż skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty możliwe jest w przypadku łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.) tj. wykazania, że dana informacja:

- 1) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 2) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający uwzględnił stanowisko Przystępującego i nie ujawnił informacji zawartych Załączniku nr 8 – wykazie osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert oraz Załączniku nr 6a – potencjał kadrowy, natomiast Odwołujący nie wykazał, że nie zostały zachowane przesłanki do objęcia tychże informacji ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła co następuje:

- 1) dane informacje nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej – Przystępujący sporządził wykazy osób, jak również zauważył Odwołujący, w stosunku co do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią dokumentacji, co do rozpoznawanego postępowania i przekazał tę informację tylko Zamawiającemu. Przy czym warto dodać, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, twierdzenia, iż zawarte w wykazach informacje są powszechnie dostępne czy do uzyskania w zwykłej i dozwolonej drodze.

Poprzestano na wyliczeniu sposobów jakimi Wykonawcy mogą próbować pozyskać informacje, bez wskazania, który z nich mógłby chociażby hipotetycznie zostać wykorzystany do pozyskania informacji analizowanej w tymże postępowaniu. Dodatkowo teza Odwołującego, „że same osoby zainteresowane np. na forach mediów społecznościowych wprost wskazują,

jakim doświadczeniem dysponują” (dalej Odwołujący sprecyzował, że chodzi o Panią J.), również nie znalazła potwierdzenia w aktach sprawy. Dowód złożony przez Odwołującego, będący wydrukiem z konta LinkedIn p. J. w konfrontacji z jej kartą opisu stanowiska pracy, przedłożoną przez Przystępującego, wskazuje, że twierdzenia Odwołującego, że mógłby mieć dostęp do doświadczenia zawodowego pracowników Przystępującego, pozostały bezpodstawne;

2) dane informacje posiadają wartość gospodarczą (niekoniecznie wyrażoną w pieniądzu) – potencjał kadrowy Wykonawcy zawarty w wykazach osób, a także charakter zawartych tam danych, jednoznacznie wypełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa - fakt ten wynika nie tylko z prawidłowo wyłożonej treści art. 11 ust. 4 uznk, ale także z podzielanej przez Izbę w składzie orzekającym w niniejszej sprawie ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok 667/10, wyrok KIO 908/13, KIO 667/10, wyrok KIO/UZP 117 /10, wyrok KIO 1032/14, wyrok KIO 874/08, KIO 1564/10, KIO 2765/12. Ponadto Odwołujący nie podważył w sposób skuteczny twierdzeń dotyczących charakteru i wartości informacji wskazanych w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa;

3) przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – Przystępujący składając wykazy objął je tajemnicą przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu wskazał sposoby, działania i środki ochrony jakie podjęto celem zabezpieczenia informacji.

Twierdzenia w zakresie powyższych okoliczności podnoszone przez Odwołującego Izba uznała za gołosłowne, nie potwierdzające zaistnienia zarzucanego zaniechania i zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

O kosztach postępowania orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis oraz nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

..... **Członkowie:**

.....
.....