

WYROK
z dnia 15 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Ewa Kisiel
	Marek Koleśnikow
Protokolant:	Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2016 r. przez Odwołującego – Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, przy udziale wykonawców: Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Pol-Dróg Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Rotomat sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryterium jakościowego, polegającą na uszczegółowieniu podkryteriów (Podkryterium nr 1 – „Skuteczność zaproponowanych w „Koncepcji” działań Wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi”, Podkryterium nr 2 – „Skuteczność prowadzenia monitoringu”, Podkryterium nr 3 – „Skuteczność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi”) w taki sposób, aby każde z podkryteriów zawierało szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w zakresie przewidzianych w nich działań (liczbę i rodzaj metod ich realizacji) i konkretny sposób ich oceny i punktacji, przewidujący zasady stopniowania przyznawanych punktów.
2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” autostrady A2 odcinek Modła – Dąbie od km 257+560 do 303+145 wraz ze wszystkimi jej elementami (znak sprawy: GDDKiA O.PO.D-3.2413.02.2016), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2016 r. pod numerem 2016/S 016-024260. W dniu 27 stycznia 2016 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W dniu 2 lutego 2016 r. Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył:

1. sporządzenie Ogłoszenia w zakresie określenia kryteriów oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu przygotowania i oceny ofert w taki sposób, który w świetle postanowień w zakresie opisanego kryteriów oceny ofert i sposobu przygotowania oraz oceny ofert, utrudnia uczciwą konkurencję oraz który nie zapewnia obiektywizmu oceny oferty i porównania ofert, przez co umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny subiektywnej i uznaniowej,
2. sporządzenie SIWZ w zakresie określenia i opisanego kryteriów oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu przygotowania i oceny ofert w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz który nie zapewnia obiektywizmu oceny oferty i porównania ofert, przez co umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny subiektywnej i uznaniowej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp oraz art. 7 ust 1 w zw. z art. 91 ust 2 Pzp przez nieprecyzyjne sformułowanie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny, tj. bez wskazania, co powinien zawierać opis „Koncepcji działań” (dalej: „Koncepcja”) przedmiotu zamówienia oraz jakie okoliczności będą brane pod uwagę przy ocenie oferty w zakresie kryterium „Koncepcja działań”, a tym samym przez określenie powyższego kryterium i sposobu oceny ofert:
 - 1.1. w sposób ogólny, nieobiektywny, dający możliwość uznaniowej i dowolnej oceny oferty Odwołującego,

- 1.2. w sposób uniemożliwiający Odwołującemu stwierdzenie, jaka powinna być jego Koncepcja, aby otrzymał jak największą liczbę punktów.
2. art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 art 7 ust 1 Pzp z uwagi na ustanowienie sposobu oceny ofert w trzech podkryteriach w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert w sposób nieprecyzyjny i podlegający dowolnej ocenie Zamawiającego, dający mu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ich ramach, a jednocześnie niepozwalający wykonawcom na ustalenie dokładnych wskazań, jakimi powinni się oni kierować przygotowując jak najkorzystniejszą ofertę, w szczególności:
 - 2.1. bez dookreślenia sposobu lub metody odniesienia, na podstawie której będzie oceniana skuteczność proponowanych rozwiązań, a które w znacznej mierze nie są porównywalne,
 - 2.2. bez nadania wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium, co powoduje, iż wykonawcy na etapie składania ofert nie mają dostatecznej wiedzy, jakie rozwiązania, cechy, czy parametry w zakresie proponowanych przez nich działań utrzymaniowych są, z punktu widzenia Zamawiającego, najbardziej pożądane i których zaproponowanie pozwoli uzyskać możliwie wysoką liczbę punktów, a nieprecyzyjność SIWZ powoduje, że na etapie oceny ofert osoby weryfikujące koncepcje będą zmuszone dokonywać samodzielnej interpretacji postanowień SIWZ i uzupełniania ich treści, co w konsekwencji będzie prowadziło do niedopuszczalnej na gruncie przepisów Pzp modyfikacji kryterium oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ przez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami Pzp, w szczególności przez wskazanie, jakie elementy powinien zawierać opis Koncepcji w ramach poszczególnych podkryteriów oraz nadanie szczegółowej wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium, w tym:

1. określenie elementów, które powinien zawierać opis Koncepcji w ramach danego podkryterium,
2. określenie listy zagadnień, które powinny być ujęte w poszczególnych elementach opisu Koncepcji,
3. uszczegółowienie listy zagadnień, które Zamawiający uważa za „kluczowe” dla każdego z podkryteriów,
4. wskazanie wartości punktowych przypisanych do poszczególnych zagadnień,
5. wskazanie, według jakich kryteriów Zamawiający będzie oceniał, czy opis zawarty w ramach opisu Koncepcji (opisu skuteczności zaproponowanych w ramach danego podkryterium działań) uznany będzie za opis „ogólny, szczegółowy,

czy pogłębiony”, co stanowić będzie podstawę do przyznania określonej liczby punktów cząstkowych w ramach danego podkryterium.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). Jest on ogólnopolską organizacją zrzeszającą największe firmy z branży budowlanej, reprezentującą interesy zarówno największych firm budowlanych działających na krajowym rynku budowlanym, jak też firm małych i średnich. Jednym z zadań Odwołującego jest ochrona praw i reprezentacja interesów w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienia publiczne. Odwołujący świadczy pomoc w sprawach organizacyjnych i prawnych związanych z podejmowaniem przez jego członków działalności gospodarczej w kraju i za granicą. Ponadto Odwołujący przyczynia się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej.

Odwołujący podał następnie, że zgodnie z pkt 17.1.2 SIWZ wykonawca wraz z ofertą ma obowiązek złożyć Koncepcję. W pkt. 17.1 SIWZ Zamawiający określił, że przy wyborze oferty będzie kierował się kryteriami: cena – 60% oraz jakość – 40%. Ocena Koncepcji ma być zgodna z treścią pkt. 17.1.2 ppkt 1 SIWZ (sposób oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”) i dokonana zostanie przez członków komisji przetargowej Zamawiającego na podstawie przedstawionej przez wykonawcę Koncepcji, pod kątem zawartych w nim informacji w trzech podkryteriach (Programach działań), tj.

1. Program działań nr 1 – „Działania Wykonawcy w zakresie wdrożenia i utrzymania standardu drogi”,
2. Program działań nr 2 – „Sposób prowadzenia monitoringu”,
3. Program działań nr 3 – „Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi”.

Zamawiający określił w pkt 17.1.2 ppkt 1 (Sposób oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”) zasady punktacji kryterium „Koncepcji działań” wskazując, że za opis dotyczący każdego z wyżej wymienionych podkryteriów zostaną przyznane punkty cząstkowe (odpowiednio maks. 15 pkt, 10 pkt i 15 pkt w ramach programu działań nr 1-3 przez poszczególnych członków komisji przetargowej, w następujący sposób:

1. Program działań nr 1
[...], „Koncepcja”, która przewidywać będzie najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci realizacji danego standardu utrzymania drogi, przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą otrzyma procent „wagi przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego” przypisany w kolumnie 8 tabeli zawartej

w załączniku nr 3 do OPZ dla tego standardu. W przypadku złożenia większej ilości „Koncepcji”, których działania gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności osiągnięcie danego standardu utrzymania drogi, wszystkim tym „Koncepcjom” przyznany jest ww. procent wagi. „Koncepcja”, która łącznie uzyska najwyższy procent wagi za poszczególne standardy utrzymania drogi zostanie uznana za „Koncepcję” najlepszą pod względem skuteczności zaproponowanych działań Wykonawcy dla standardu utrzymania drogi w okresie trwania Umowy. „Koncepcji” tej zostanie przyznane 15 pkt. Drugiej „Koncepcji” zostanie przyznane 10 pkt. Trzeciej – 5 pkt. Ilość punktów przyznawanych kolejnej ofercie odpowiednio będzie pomniejszana o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty. „Koncepcja”, która nie została oceniona jako najlepsza (nie przyznano jej „procentu wagi przy kontroli”) w żadnym ze standardów utrzymania drogi nie otrzymuje punktów.[...]”,

2. Program działań nr 2

„[...]„Koncepcja” przedstawiająca najlepszy program działań, który pozwalał będzie na najbardziej efektywny z punktu widzenia Zamawiającego monitoring poszczególnych zagrożeń na drodze otrzyma 10 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona zostanie na porównywalnym co do efektywności najlepszym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 10 pkt.

Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym od najwyższej ocenionej (ocenionych) „Koncepcji” poziomie efektywności monitoringu drogi otrzyma 5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymają odpowiednio taką samą liczbę 5 pkt.

Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym poziomie efektywności monitoringu drogi otrzyma 2,5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 2,5 pkt.

Ilość punktów przyznawanych każdej kolejnej ofercie odpowiednio będzie pomniejszana o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty.[...]”,

3. Program działań nr 3

„Koncepcja” przedstawiająca najlepszy z punktu widzenia Zamawiającego program działań (Program działań nr 3) efektywności identyfikacji i likwidacji zagrożeń na drodze otrzyma 15 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona zostanie na porównywalnym najlepszym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 15 pkt.

Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym od najwyższej ocenionej (ocenionych) „Koncepcji” poziomie efektywności działań otrzyma 10 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do

efektywności działań poziomie, wszystkie one otrzymują odpowiednio taką samą liczbę 10 pkt.

Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym poziomie efektywności działań otrzyma 5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymują taką samą liczbę odpowiednio 5 pkt.

Pozostałe oferty przedstawiające „Koncepcję” na niższym poziomie efektywności działań odpowiednio będą pomniejszane o połowę w stosunku do wyżej ocenianej ofert.

Koncepcja działań oceniana jest indywidualnie przez każdego z Członków Komisji Przetargowej, według powyższych opisów ocen zgodnie z określoną punktacją.[...]”.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, Zamawiający może, obok kryterium cenowego, określić także tzw. pozacenowe kryteria oceny ofert, o ile odnoszą się one do przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w SIWZ należy obowiązkowo zamieścić opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. Dokonując opisu, zamawiający powinien mieć na względzie konieczność zapewnienia równego traktowania wykonawców, z czym wiąże się konieczność skonstruowania kryteriów i sposobu ich oceny tak, aby wyłączona była możliwość dokonania subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny. Ponadto, aby kryteria umożliwiały wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, oceny przyznane poszczególnym ofertom na ich podstawie muszą być porównywalne, co także wymaga precyzyjnego skonstruowania kryteriów. Sposób oceny ofert powinien być opisany równie precyzyjnie jak same kryteria, szczególnie kiedy określone kryterium podzielono na mniejsze elementy, a liczba punktów w danym kryterium zależy od liczby punktów przyznanych za poszczególne elementy. Ponadto, kryteria oceny ofert i opis sposobu ich oceny powinny być określone z zachowaniem zasady transparentności. Z jednej strony oznacza to konieczność umożliwiania weryfikacji prawidłowości oceny ofert, tak przez wykonawców, jak i organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Z drugiej strony, wykonawca jeszcze na etapie przygotowywania oferty musi z treści SIWZ uzyskać informacje pozwalające mu przygotować ofertę w taki sposób, aby uzyskać jak największą liczbę punktów. Powyższe wymagania są szczególnie istotne w przypadku kryteriów pozacenowych, które nie są łatwo mierzalne, lecz wymagają przyznania punktów w oparciu o ocenę dokonywaną przez członków komisji przetargowej.

Zdaniem Odwołującego aktualna treść SIWZ nie została przygotowana w sposób uwzględniający powyższe zasady, a przez to została sporządzona w sposób sprzeczny z przepisami Pzp, a to w szczególności z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 2 Pzp.

Na podstawie SIWZ nie można stwierdzić, jakie elementy i zagadnienia powinna zawierać Koncepcja, aby móc otrzymać najwyższą ilość punktów. Zamawiający nie zdefiniował ich w pkt 17.1.2 SIWZ, ani w żadnym innym postanowieniu, w sposób dostateczny. Wystarczającą podpowiedzią nie jest także treść podkryteriów (Programów działań), określonych w pkt. 17.1.2 ppkt 1.

Dotyczy to np.:

1. Program działań nr 1 – Skuteczność zaproponowanych w „Koncepcji działań”
Wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi (15 pkt)

W ramach tego podkryterium Zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek sprecyzowania, które z niezbędnych, w jego ocenie, w tym podkryterium, działań będą przez niego szczególnie premiowane. Przykładowo, całkowicie niejasne jest sformułowanie, że „[...]w tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy Program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia standardów utrzymania drogi, oraz czy wskazane przez Wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standardy utrzymania drogi[...]”. Tak samo nieprecyzyjne są sformułowania odnoszące się do struktury organizacyjnej i organizacji pracy utrzymaniowej zapewniających osiągnięcie odpowiedniego standardu drogi. W tym punkcie Zamawiający nie określił minimalnych wymagań, których spełnienie umożliwiłoby wykonawcy otrzymanie określonej ilości punktów. Brak jest jakiegokolwiek miernika wartości przyznawanych punktów, które pozwoliłyby ocenić skuteczność zaproponowanych działań. Tak samo Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do potencjału sprzętowego oraz właściwości (parametrów) tego potencjału w kontekście zwiększenia tempa wykonywanych prac utrzymaniowych. Nie można wobec tego w żaden sposób stwierdzić, jakie to minimalne wymagania sprzętowe pozwoliłyby wykonawcy uzyskać w tym aspekcie większą ilość punktów, tj. określenie skuteczności wykonywania prac utrzymaniowych na wyższym niż standardowym poziomie. W ramach tego podkryterium Zamawiający będzie premiował te działania, „[...]które gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności osiągnięcie danego standardu utrzymania drogi[...]”, z tym że które to działania będą uznane za najskuteczniejsze (która koncepcja będzie oceniona jako najlepsza) będzie każdorazowo wynikiem indywidualnej i subiektywnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej Zamawiającego.

2. Program działań nr 2 – Skuteczność prowadzenia monitoringu (10 pkt)

W ramach tego podkryterium Zamawiający stwierdził, że „[...]w tym zakresie brane będą pod uwagę środki zastosowane przez Wykonawcę służące szybkiej identyfikacji zagrożeń, w szczególności:

- system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer;
- liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie;
- częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby - patrolowania;
- zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżom lub dewastacji mienia.[...].

Z powyższego stwierdzenia w żaden sposób nie wynika – przykładowo – jaki minimalny poziom liczby kamer, minimalna liczba punktów badań warunków meteorologicznych, czy ilość urządzeń zapobiegających kradzieżom lub dewastacji mienia nie tylko wpłynie na możliwość uzyskania przez wykonawcę minimalnej ilości punktów, ale co najważniejsze pozwoli mu uzyskać maksymalną ilość punktów (pозwoli ocenić jego Program działań jako najbardziej efektywny z punktu widzenia Zamawiającego). Zamawiający także w tym punkcie nie wskazał w jakikolwiek sposób – poza powyższymi ogólnymi sformułowaniami – jak będzie oceniał zaproponowane przez wykonawcę działania służące szybkiej identyfikacji zagrożeń. Przykładowo Zamawiający uznał, że „[...]jeśli więcej niż jedna Koncepcja oceniona zostanie na porównywalnym co do efektywności najlepszym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 10 pkt[...], nie określając w żaden sposób co oznacza w jego ocenie „najlepszy poziom efektywności”. Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę aktualne postanowienia SIWZ, Zamawiający może praktycznie w dowolny sposób oceniać rozwiązania proponowane przez wykonawców w koncepcjach uznając je, według swej własnej oceny, za bardziej lub mniej skuteczne/efektywne lub zapewniające lepszą szybkość doprowadzenia drogi do standardu. Można sobie łatwo wyobrazić hipotetyczną sytuację, w której dwóch wykonawców inaczej zinterpretuje opis np. drugiego podkryterium oceny ofert (tj. Skuteczność prowadzenia monitoringu). Jeden z wykonawców wyjdzie z założenia, że najlepszym sposobem zapewnienia skuteczności monitoringu będzie zapewnienie jak największej liczby kamer. Drugi będzie stał na stanowisku, że nic nie zapewni bardziej skutecznego systemu monitoringu niż skierowanie jak największej liczby osób wchodzących w skład zespołów patrolowych. W świetle obecnego brzmienia SIWZ, przedstawione przez tych dwóch wykonawców Koncepcje będą nieporównywalne a to, która z nich uzyska większą liczbę punktów będzie zależało wyłącznie od arbitralnej i subiektywnej oceny Zamawiającego.

3. Program działań nr 3 – Skuteczność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi (15 pkt)

W ramach tego podkryterium, podobnie jak przy dwóch innych Programach działań, Zamawiający w sposób całkowicie subiektywny będzie oceniał przyjęte przez

wykonawcę działania pod względem zapewnienia przez nich efektywnej identyfikacji i likwidacji zagrożeń na drodze w postaci gołoledzi lub ciągłych opadów śniegu. Przykładowo, Zamawiający dokonując powyższej oceny będzie brał pod uwagę, czy wykonawca ma zagwarantowany dostęp do niezbędnej ilości materiałów uszostniających i likwidujących śliskość w okresie zimowego utrzymania drogi, nie określając przy tym jakichkolwiek minimalnych i/lub maksymalnych mierników oceny tych wymagań. To samo dotyczy podlegającego swobodnej ocenie przez Zamawiającego potencjału sprzętowego. Także w ramach tego Programu działań, Zamawiający posługuje się ogólnymi sformułowaniami, które nie dają wykonawcom jakiegokolwiek wskazówki w jakim kierunku powinny być przygotowywane ich koncepcje aby mogły zostać ocenione na wyższym poziomie. Przykładowo, „[...]jeśli więcej niż jedna koncepcja oceniona zostanie na porównywalnym najlepszym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 15 pkt. Kolejna oferta, której koncepcja oceniania jest na niższym od najwyżej ocenionej (ocenionych) koncepcji poziomie efektywności działań otrzyma 10 pkt[...]”. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający będzie przyznawał punkty po dokonaniu całkowicie subiektywnej oceny, która z danych koncepcji prezentuje wyższy lub niższy poziom od innych koncepcji. Zapis ten wskazuje także, że Zamawiający – pomimo braku określenia jasnych mierników oceny danej koncepcji – będzie dokonywał *de facto* porównania koncepcji wykonawców między sobą i na tej podstawie tworzył niejako ich listę rankingową.

Odwołujący podkreślił, że z dosłownego brzmienia tych podkryteriów można wywnioskować, że skoro Zamawiający oczekuje przedstawienia najbardziej skutecznych działań, to może chodzić tu o opis metod, ale także zaprezentowanie przez wykonawcę odpowiedniego potencjału sprzętowego, który w jego ocenie będzie zapewniał zwiększenie efektywności wykonywanych prac utrzymaniowych, który to potencjał i opis metod mogą absolutnie się nie pokrywać z wyobrażeniami Zamawiającego. Z ogólnego opisu działań w ramach danych podkryteriów wynika, że faktyczne oczekiwania Zamawiającego co do treści koncepcji mogą diametralnie odbiegać od dosłownego ich brzmienia, zatem w odniesieniu do wszystkich opisanych podkryteriów istnieje ryzyko zaistnienia niedopuszczalnego na gruncie art. 7 ust. 1 Pzp zjawiska, w którym interpretacja kryteriów przez Zamawiającego na etapie oceny ofert okaże się znacznie odmienna od dosłownego ich brzmienia w treści SIWZ. W konsekwencji, Odwołujący w oparciu o obecną treść SIWZ nie jest w stanie stwierdzić, jakie są oczekiwania Zamawiającego, co do opisu Koncepcji. Narusza to zasadę, zgodnie z którą kryteria oceny ofert i opis sposobu ich oceny powinny być transparentne i czytelne dla wykonawców przed terminem składania ofert, tak aby mogli świadomie podjąć decyzję co do jej elementów i znając oczekiwania Zamawiającego, przygotować ofertę w taki sposób, aby uzyskać jak najwięcej punktów. Brak odpowiedniej informacji powoduje istotne ryzyko, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie w inny sposób odczyta

oczekiwania Zamawiającego, a w konsekwencji koncepcje złożone wraz z ofertami będą nieporównywalne, co zaburzy wyniki ich oceny.

W ocenie Odwołującego całkowicie niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający będzie oceniał czy Koncepcja (której pojęcie również nie jest zdefiniowane i nie jest jasne czego konkretnie Zamawiający oczekuje) wcale, w pewnym stopniu, czy w pełni mu odpowiada. Przede wszystkim SIWZ powinna sprecyzować, kiedy koncepcja funkcjonalności będzie Zamawiającemu tylko w pewnym stopniu odpowiadała, a kiedy w pełni. Tak opisane kryteria jednoznacznie wskazują na zamierzoną subiektywną ocenę ofert, przy jednoczesnym dopuszczeniu dookreślania kryteriów już w toku oceny ofert, i tym samym muszą być usunięte. Ponadto jeśli Zamawiający wie jak powinna wyglądać koncepcja działań, która będzie spełniała jego wymagania w całości (czyli jest w stanie ocenić ofertę w kryteriach: trochę spełnia/w pełni spełnia), to powinien to wyspecyfikować w SIWZ i nie wymagać od wykonawców, aby zgadywali czy przygotowany opis będzie trochę spełniał czy w pełni spełniał jego oczekiwania.

Odwołujący stwierdził również, że dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny ofert jest nieprecyzyjny na kilku płaszczyznach, bowiem posługuje się on szeregiem nieostrych pojęć. W braku sprecyzowania, jakie elementy powinien zawierać załączony do oferty opis koncepcji w ramach danego podkryterium, nie sposób rozgraniczyć opisu „bardziej skutecznych działań” od „mniej skutecznych działań”. Podobnie niemożliwe jest rozróżnienie „najlepszej pod względem skuteczności koncepcji” od „mniej skutecznej koncepcji”, która uzasadniałaby przyznanie mniejszej ilości punktów. Potwierdzeniem braku jakiegokolwiek koncepcji Zamawiającego w sformułowaniu minimalnych wymagań w zakresie tych opisów wskazuje zawarty na str. 17 SIWZ następujący fragment: „[...]informacje zawarte w koncepcji aby były brane pod uwagę przy ocenie oferty w ramach poszczególnych podkryteriów, kryterium oceny ofert powinny odpowiednio: (...) .d) mieć charakter konkretny (nie ogólnikowy) oraz jednoznacznie zobowiązujące Wykonawcę do realizacji zaproponowanych działań w danych okolicznościach faktycznych[...]”. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie sprecyzował, czym są „bardziej skuteczne (efektywniejsze) działania” dla danego podkryterium. Jest to tym bardziej nieprecyzyjne, że Zamawiający przyjął identyczne zasady dla wszystkich trzech podkryteriów, które różnią się od siebie zakresem tematycznym.

Po pierwsze, obecnie sformułowany ogólny zakres podkryteriów (jak np. posiadanie odpowiedniej struktury organizacyjnej i organizacji pracy utrzymaniowej, czy też odpowiedniego potencjału sprzętowego) i sposób ich oceny powoduje powstanie ryzyka subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny opisu Koncepcji przez członków komisji przetargowej, a nie jak być powinno w takim przypadku, jak najbardziej obiektywnej oceny poszczególnych elementów każdego podkryterium, które powinny być określone w SIWZ i znane wszystkim wykonawcom. Ma to istotne znaczenie dla wyników Postępowania, biorąc pod uwagę wysoką wagę przypisaną kryterium pozacenowemu (40%).

Po drugie, skoro Zamawiający zamierza weryfikować „kompletność” koncepcji oraz badać, czy obejmują one „wszystkie” lub „kluczowe” zagadnienia, to dla zapewnienia równego traktowania wykonawców konieczne jest wypracowanie wzorca, jednolitego dla wszystkich ofert (np. jak zasygnalizowano powyżej minimalnych i/lub maksymalnych mierników oceny wartości poszczególnych działań). Brak zdefiniowania tego wzorca przed upływem terminu ich składania uniemożliwia wykonawcom stwierdzenie, co powinna zawierać Koncepcja, aby uzyskać jak największą liczbę punktów. Mając na uwadze powyższe, konieczne jest określenie elementów, które powinien zawierać opis Koncepcji. Konieczne jest także uszczegółowienie zakresu poszczególnych trzech podkryteriów, które posłużą Zamawiającemu do przyznawania punktacji za złożoną w ofercie koncepcję wykonawcy tak, aby szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwiła dokonanie ich właściwej, obiektywnie uzasadnionej i możliwej do zweryfikowania oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych. Sposób oceny ofert powinien być opisany tak, aby wykonawca biorący udział w Postępowaniu, już przed upływem terminu składania ofert, wiedział za co konkretnie będą przyznawane punkty w ramach poszczególnych podkryteriów. Powinny zatem zostać zdefiniowane zagadnienia, które powinny być poruszone, ze wskazaniem tych, które Zamawiający uważa za kluczowe, a konkretnym zagadnieniom powinny być przypisane konkretne wartości punktowe (np. w odniesieniu do minimalnych i/lub maksymalnych mierników oceny poszczególnych podkryteriów).

Odwołujący podał, że nawet gdyby uznać, że prezentowane w niniejszym odwołaniu zarzuty mają charakter przedwczesny i mogą zostać skonkretyzowane dopiero po przedstawieniu wyników Postępowania przez Zamawiającego i przyznaniem poszczególnym koncepcjom punktom, z czym Odwołujący się nie zgadza, to doprecyzowanie treści SIWZ służy właśnie wyeliminowaniu takich sytuacji, aby dopiero po upływie terminu składania ofert wykonawcy dowiadawali się o niektórych założeniach Zamawiającego. Samo pokazanie wszystkich kryteriów (zwanych przez Zamawiającego podkryteriami) i ich znaczenia nie jest jeszcze pełnym zastosowaniem się Zamawiającego do uregulowania art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, gdyż Zamawiający musi w SIWZ jeszcze wykazać jakim sposobem będzie oceniał oferty (za co konkretnie będzie przyznawał poszczególne punkty w ramach danego podkryterium i na jakiej podstawie jedną koncepcję uzna za lepszą od drugiej), a tego w wystarczający sposób Zamawiający nie uczynił.

Odwołujący zauważył, że prezentowane w odwołaniu poglądy wzmacnia dodatkowo brzmienie motywu 46 Dyrektywy Klasycznej oraz motywu 55 Dyrektywy Sektorowej, zgodnie z którym zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Należy zatem dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów: „najniższa cena” oraz „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie”. Wskazał, że aby wspomniana przejrzystość

procedury oceny ofert w ramach danego kryterium została zachowana, niezbędne jest z jednej strony dostatecznie precyzyjne określenie kryterium w dokumentacji postępowania (SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu) w taki sposób, aby umożliwić każdemu stosunkowo dobrze poinformowanemu wykonawcy, dokładającemu zwykłej staranności interpretowanie opisu kryterium w taki sam (tożsamy) sposób, z drugiej zaś udostępnienie wykonawcom uzasadnienia decyzji w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości.

Podsumowując dotychczasowe wywody Odwołujący stwierdził, że:

1. w aktualnej SIWZ brak jest wymaganego przepisami Pzp szczegółowego opisu na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach danego kryterium/podkryterium. Zamawiający nie opisał, co rozumie przez konkretne podane przez siebie podkryteria, ani w jaki sposób oceni ww. elementy (w oparciu o co przyzna jednej ofercie maksymalną, a innej niższą ilość punktów),
2. w konsekwencji ocena ofert jest subiektywna i dowolna, co wywiera wpływ na przebieg Postępowania, począwszy od przygotowania ofert przez wykonawców, przez ich ocenę przez Zamawiającego, a skończywszy na weryfikacji przez wykonawców – w ramach przyznanych im w Pzp środków ochrony prawnej – prawidłowości udzielenia zamówienia przez Zamawiającego,
3. Zamawiający uniemożliwia wykonawcom przygotowanie oferty ze względu na niemożność stwierdzenia, jaki czynnik różnicujący złożone oferty będzie przez Zamawiającego brany pod uwagę dla oceny,
4. Postanowienia SIWZ powodują dowolność interpretacyjną przyjętych kryteriów oceny ofert przez wykonawców, co skutkuje złożeniem w postępowaniu ofert nieporównywalnych,
5. Postanowienia SIWZ powodują niemożność porównania ofert w ramach ich oceny przez Zamawiającego,
6. Zamawiający uniemożliwia wykonawcom dokonanie weryfikacji oceny ofert z punktu widzenia stosowania przez niego zasad udzielania zamówień publicznych (w tym zasady równego traktowania wykonawców).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o niżej wskazaną argumentację.

Odnosząc się do zarzutu, naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp stwierdził, że Odwołujący wiernie kopiuje zarzuty i żądania, które zostały sformułowane przez wykonawcę FB Serwis S.A., który w niniejszej sprawie jest przystępującym po jego stronie, w innym postępowaniu (sygn. akt: KIO 963/15), prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy na „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od węzła Czerniewice (z węzłem) do węzła Kutno Północ (bez węzła) od km 151+900 do km 244+300 wraz ze wszystkimi jej elementami w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. W postępowaniu

tym Izba wydała wyrok z dnia 21 maja 2015 r. uznający przedstawione zarzuty i żądania za bezpodstawne. Tym samym, powielając w niniejszym postępowaniu te same zarzuty, które były podnoszone w postępowaniu prowadzonym przez inny oddział GDDKiA, Odwołujący podważa stanowisko już raz zajęte przez Izbę w przywołanym wyżej wyroku. W tych okolicznościach, środki podejmowane przez Odwołującego należy uznać za działania godzące w zasadę pewności prawa będącą jedną z podstawowych zasad demokratycznego porządku prawnego.

Odnosząc się merytorycznie do postawionych zarzutów Zamawiający podkreślił, że w załączniku Nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) dokonał w sposób precyzyjny opisu standardów utrzymania drogi, których realizacji wymaga od wykonawcy wybranego w przetargu (kolumna 2 tabeli zawartej we wspomnianym załączniku – „Standardy dla elementów Drogi do utrzymania – utrzymaj standard”).

Przykładowo dla pierwszego utrzymywanego elementu drogi – „Nawierzchnia jezdni” jednym (pierwszym) ze standardów jest to, by była ona: „[...]Na całej szerokości (wraz z pasem awaryjnym i utwardzonym pasem rozdziału nawierzchni) bez ubytków, bez spękań, bez wykruszeń, bez zastoisk oraz innych uszkodzeń.[...]”. Jednocześnie Zamawiający nie podał opisu działań jak i metod oraz środków jakie wykonawca ma zastosować na etapie wykonania zamówienia publicznego w celu realizacji standardów utrzymania drogi. Zamawiający stwierdził, że pozostawia swobodę wykonawcy w doborze działań, metod i środków użytych dla realizacji zdefiniowanych w OPZ standardów drogi nie narzucając z góry żadnej z nich.

W ocenie Zamawiającego przyjęty sposób postępowania służy:

1. wyborowi oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a więc takiej, której przewidziane działania najskuteczniej spośród wszystkich złożonych ofert gwarantują realizację opisanych przez Zamawiającego standardów utrzymania drogi,
2. zapewnieniu otwarcia zamówienia na konkurencję, a więc realizacji zasady wyrażonej m. in. w art. 7 ust. 1 Pzp oraz motywie 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE, bowiem narzucenie określonych działań, metod lub środków może utrudniać wykonawcom dostęp do zamówienia,
3. otwarciu się na innowacyjne pomysły dotyczące sposobu realizacji zamówienia, które służą utrzymaniu standardu utrzymania drogi.

Biorąc pod uwagę, że działania wykonawcy w trakcie wykonania zamówienia są kluczowe dla realizacji opisanych standardów utrzymania drogi, Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert dokonuje oceny przedstawionych przez Wykonawców w Koncepcji przewidywanych w celu realizacji standardów utrzymania drogi.

Działaniabrane pod uwagę przez Zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej (przedstawione w Koncepcji) są wiążące dla wykonawcy na etapie realizacji

przedmiotu zamówienia i muszą być przez niego uwzględnione w Programie Zapewnienia Jakości („PZJ”), a więc dokumencie przygotowywanym i akceptowanym przez Zamawiającego po zawarciu umowy. Dodatkowa, opracowana przez wykonawcę w przetargu Koncepcja i podlegająca ocenie w ramach kryterium oceny ofert może stanowić samoistną podstawę realizacji zamówienia do czasu akceptacji PZJ przez Zamawiającego. Tym samym, Koncepcja i działania w niej przewidziane mają istotny wpływ na realizację standardów utrzymania Drogi, a tym samym istotne znaczenie dla należytej realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie dwóch kryteriów oceny ofert; „Ceny” (waga 60%) oraz „Jakości” (waga 40%). Zamawiający przewidział zatem udzielenie zamówienia na podstawie kryterium „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej”, jak stanowi art. 53 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 20014/18/WE oraz art. 67 ust. 2 nowej Dyrektywy 2014/24/UE, a więc oferty, która prezentuje najlepszą relację jakości do ceny (odpowiednio motyw 46 Dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 67 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE).

Zamawiający podał, że kierując się normami przewidzianymi w art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp oraz w celu realizacji zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców dokonał w treści SIWZ opisu kryteriów oraz sposobu oceny ofert w odniesieniu do obu kryteriów. W stosunku do kryterium jakościowego Zamawiający dokonał opisu kryterium oraz opisu sposobu oceny ofert wskazując m. in. podkryteria jakimi będzie kierował się dokonując oceny oferty i złożonej wraz z nią Koncepcji oraz przypisał im także odpowiednia, wagę punktową. Dodatkowo, Zamawiający dokonał opisu sposobu oceny ofert w ramach każdego z poszczególnych podkryteriów.

Zamawiający podkreślił, że nie ma dowolności w ustanawianiu kryteriów oceny oferty, ponieważ w oparciu o zasady Traktatu o Funkcjonowaniu UE orzecznictwo TSUE wskazuje granice ustanawiania kryteriów oceny ofert. W zakresie mającym znaczenie dla przedmiotowej sprawy wymogi są następujące:

1. kryteria wyboru muszą być obiektywne (wybór nie może być dowolny),
2. przyjęte kryteria mają gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielenia zamówienia,
3. przyjęte kryterium nie może ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup wykonawców,
4. odnośnie do każdego kryterium zamawiający powinien sprawdzać na ile oferty są wiarygodne pod tym względem,
5. każde kryterium musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak by każdy poprawnie poinformowany wykonawca, który dołożył należytej staranności mógł interpretować je w jednakowy sposób.

W ocenie Zamawiającego zaskarżone kryterium spełnia ww. wymogi z następujących względów.

Po pierwsze – przedmiotem oceny w ramach tego kryterium jest Koncepcja przygotowana przez wykonawców.

Po drugie – Zamawiający zdefiniował w SIWZ pojęcie Koncepcji wskazując, iż jest to przygotowane przez wykonawcę opracowanie dotyczące utrzymania drogi będącej przedmiotem zamówienia, zawierające opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w SIWZ (w szczególności w załączniku nr 3 do OPZ i w projekcie umowy) standardu drogi wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną Drogą przez 24 godz./dobę. Na Koncepcję działań składają się „programy działań”.

Po trzecie – kierując się nakazem wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał trzy podkryteria jakimi będzie się kierował. Zamawiający sformułował je również w taki sposób by wskazać wykonawcom, co będzie brał pod uwagę przy ocenie Koncepcji, a mianowicie:

1. skuteczność zaproponowanych w Koncepcji działań wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi,
2. skuteczność prowadzenia monitoringu,
3. skuteczność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi.

Po czwarte – Zamawiający poszczególnym trzem podkryteriom przypisał odpowiednią wagę, tj. 5, 10 i 15 pkt.

Po piąte – Zamawiający określił co rozumie przez „skuteczność” prowadzonych działań w ramach poszczególnych podkryteriów.

Przykładowo, w ramach pierwszego podkryterium Zamawiający odniósł „skuteczność” do działań mających na celu osiągnięcie opisanego w załączniku nr 3 do OPZ standardu utrzymania drogi w okresie trwania umowy, przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą. Zamawiający w sposób jednoznaczny zdefiniował, iż Koncepcja, która przewidywać będzie najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci realizacji danego standardu utrzymania drogi, przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji utrat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą otrzyma procent „wagi przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego” przypisany w kolumnie 8 tabeli zawartej w załączniku nr 3 do OPZ dla tego standardu. Analogicznie pojęcie „skuteczności” zdefiniowane zostało dla pozostałych podkryteriów w ramach kryterium pozacenowego

Po szóste – dodatkowo dla każdego podkryterium zostały jednoznacznie ustanowione zasady dotyczące oceny oferty (Koncepcji) i wskazane te elementy koncepcji, które przez zamawiającego będą brane pod uwagę przy ocenie zdefiniowanej przez Zamawiającego „skuteczności działań”.

W ramach pierwszego podkryterium dla oceny „skuteczności” prowadzonych działań dla realizacji standardów wymienionych w formularzu 2.2 do SIWZ znaczenie będą miały przede wszystkim cztery przesłanki a mianowicie:

1. czy w Koncepcji są wskazane wszystkie istotne działania konieczne dla realizacji poszczególnych i opisanych standardów drogi; Koncepcja, nieprzewidująca istotnych działań dla realizacji standardu utrzymania drogi będzie rodziła więcej ryzyk dla Zamawiającego w postaci nie dochowania standardu, który jest zdefiniowany w załączniku Nr 3 do OPZ,
2. czy struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzyma nowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania drogi, w szczególności czy zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnego, w tym w sytuacji nieobecności Kierownika Utrzymania,
3. czy wskazane przez wykonawcę działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą,
4. czy sprzęt, jego właściwości (parametry) oraz sposób prowadzenia prac pozwalają na zwiększenie tempa wykonywanych prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu-drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych są krótsze, oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz zmniejszenia straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, oprócz wskazania tego aspektu przy opisie podkryterium 1, obowiązek ich uwzględnienia (bezpieczeństwo i minimalizacja straty czasu) przy opracowywaniu Koncepcji wskazany jest także w pkt 14.1.2 ppkt 4 lit c) SIWZ („[...]Informacje zawarte w „Koncepcji”, aby były brane pod uwagę przy ocenie oferty w ramach poszczególnych podkryteriów kryterium oceny ofert powinny odpowiednio zostać opracowane z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego oraz minimalizacji straty czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną Drogą[...]); dodatkowo ten sam punkt SIWZ wskazuje, że „[...]Działania przedstawione w koncepcji nie gwarantujące dotrzymania standardu drogi, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, powodujące nadmierne niebezpieczeństwo dla uczestników ruchu drogowego lub powodujące ryzyko straty czasu w przejeździe pojazdu osobowego na odcinku

miedzy sąsiednimi węzłami o więcej niż 15% w porównaniu do czasu przejazdu tym odcinkiem bez żadnych ograniczeń w ruchu, nie będą brane pod uwagę, przy ocenie w ramach kryterium.[...].”

Inaczej mówiąc, dla nawierzchni jezdni wymagany jest np. standard nr 1 – „[...]Utrzymanie nawierzchni jezdni na całej szerokości (wraz z pasem awaryjnym i utwardzonym pasom rozdziału nawierzchni) bez ubytków, bez spękań, bez wykruszeń, bez zastoisk oraz innych uszkodzeń[...]”. Zamawiający podał, że oczekuje od wykonawców, by Ci przedstawili działania jakie zobowiązują się wykonywać w okresie realizacji zamówienia w celu osiągnięcia wymaganego standardu, a więc by utrzymywana droga pozostała bez spękań, bez wykruszeń, bez zastoisk oraz innych uszkodzeń. Zamawiający kierując się informacjami złożonymi w Koncepcji będzie dokonywał oceny, na ile zaproponowane działania wskazane w Koncepcji gwarantują realizację standardu oraz który z wykonawców zaproponował działania pozwalające najskuteczniej ten standard osiągnąć biorąc pod uwagę przede wszystkim powyższe przesłanki, które są wiążące dla Zamawiającego.

W ramach drugiego podkryterium brane będą pod uwagę środki zastosowane przez wykonawcę służące szybkiej identyfikacji zagrożeń, w szczególności:

1. system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer,
2. liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie,
3. częstotliwość wykonywania bieżącej kontroli drogi w trakcie doby – patrolowania,
4. zastosowanie dodatkowych urządzeń zapobiegających kradzieżom lub dewastacji mienia.

W ramach trzeciego podkryterium (zastosowanie metod/środków pozwalających na efektywną identyfikację i likwidację zagrożeń na dradze w postaci gołoledzi lub ciągłych opadów śniegu) Zamawiający, dokonując oceny oferty, będzie brał pod uwagę szereg czynników wymienionych w SIWZ.

Tym samym, nie można uznać zarzutu ze strony odwołującego, iż opis sposobu oceny oferty jest nieprecyzyjny i podlegający dowolnej ocenie Zamawiającego, dający mu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach podkryteriów,

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp zobowiązany jest zawiadomić wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazać uzasadnienie wyboru oferty wraz z punktacją przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert. Tym samym jego obowiązkiem będzie uzasadnienie ilości przyznaných punktów poszczególnym ofertom, zaś wykonawca który nie będzie się z otrzymaną punktacją zgadzał będzie miał uprawnienie złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, prawidłowość dokonanej oceny będzie mogła podlegać weryfikacji przez niezawisły organ,

Na uwagę zasługuje również, iż w skład komisji przetargowej wchodzi osoby posiadające specjalistyczną wiedzę w tej dziedzinie, gwarantując profesjonalną ocenę złożonych Koncepcji. Tym samym, kwestionowane kryterium oceny oferty i jego opis spełnia wszelkie wymagania stawiane przez prawo europejskie oraz Pzp.

Zdaniem Zamawiającego przyjęte kryterium wraz z opisem nie ogranicza konkurencji, a wręcz ją poszerza. Zamawiający nie dokonuje bowiem w SIWZ opisu działań jak i metod oraz środków jakie wykonawca ma zastosować na etapie wykonania zamówienia publicznego w celu realizacji standardów utrzymania Drogi. Zamawiający pozostawia swobodę wykonawcy w doborze działań, metod i środków użytych dla realizacji zdefiniowanych w OPZ (załączniku) standardów drogi nie narzucając z góry żadnej z nich. Przyjęty sposób udzielenia zamówienia służy zapewnieniu otwarcia zamówienia na konkurencję a więc realizacji zasady wyrażonej m.in. w art. 7 ust. 1 Pzp oraz motywie 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE, bowiem narzucenie określonych działań, metod lub środków może utrudniać wykonawcom dostęp do zamówienia, szczególnie, gdy stosują swoje metody działania uznawane przez nich za optymalne.

Zamawiający podkreślił również, że przyjęte kryterium wraz z opisem nie wprowadza nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup wykonawców. Dodał, że kryterium i sposób jego oceny (jej kompleksowość) pozwala mu sprawdzić realnie na ile oferty są wiarygodne pod względem możliwości realizacji standardu utrzymania drogi.

W ocenie Zamawiającego kryterium jest sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, a ponadto, do opisu kryterium nie zostało zadane jeszcze żadne pytanie, co wskazuje, iż potencjalni wykonawcy nie mają istotniejszych problemów w jego rozumieniu. Jeśli wykonawca ma wątpliwości co do rozumienia postanowień SIWZ, to na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp posiada uprawnienie do żądania wyjaśnień ich treści. W przypadku niejednoznaczności SIWZ (co w ocenie Zamawiającego nie zachodzi w przedmiotowej sprawie) wykonawca powinien w pierwszej kolejności skorzystać z prawa żądania wyjaśnień, natomiast sam fakt, iż tekst można interpretować odmiennie, nie stanowi wystarczającej podstawy do stawiania zarzutu niezgodności z ustawą.

W istocie, Odwołujący kwestionując sposób oceny ofert w kryterium jakościowym zmierza do uzyskania od Zamawiającego deklaracji jakie konkretne rozwiązania odpowiadają potrzebom Zamawiającego. Odwołujący oczekuje zatem, by to Zamawiający podał dane dotyczące sposobu wykonywania zamówienia lub też wskazał preferencje odnoszące się do sprzętu. Tymczasem istotą idei żądania Koncepcji i jej oceny w ramach kryterium oceny oferty jest to, że to właśnie rolę wykonawcy jest wskazanie tych elementów w koncepcji, zadaniem Zamawiającego jest natomiast dokonanie ich oceny, porównania, a następnie przyznanie punktów wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej. Wybór taki zawierał będzie uzasadnienie zaś prawidłowość podjętych decyzji będzie mogła zostać zweryfikowana w ewentualnym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający nie może zatem określić z góry

jakie metody, środki, sprzęt itd. są najlepsze dla realizacji zamówienia albowiem nie zna jeszcze propozycji wykonawców. To wykonawcy składają oferty i propozycje działań zmierzających do realizacji standardów utrzymania drogi, a najkorzystniejsza oferta w omawianym kryterium definiowana jest dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie przesłanek jednoznacznie określonych w SIWZ (opisie kryterium).

Oczekiwanie Odwołującego wyrażone w *petitum* w odwołania jest nieuzasadnione albowiem obowiązek oczekiwanego przez niego i jedynie w zarysie przedstawionego sposobu oceny oferty nie wynika z przepisów ustawy Pzp, jak i prawa UE.

Zamawiający podkreślił, że żądania odwołującego przedstawione w odwołaniu są oczywiście metodą prostą, ale nie gwarantującą zamawiającemu rzeczywistego wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a więc oferty przedstawiającej najlepszą relację, jakości do ceny. Dla Zamawiającego istotna jest realna ocena całokształtu działań wykonawcy przewidzianych w złożonej koncepcji. Elementów tych nie da się zaś ocenić w sposób kompleksowy w oparciu o zasadę spełnia/nie spełnia i przyznaniu określonej liczby punktów bez doprowadzenia do narzucania wykonawcom konkretnych rozwiązań, a więc pozbawienia sensu żądania koncepcji. Jeśli Zamawiający chciałby postawić wymogi dotyczące określonego sposobu wykonania zamówienia (preferować jakieś rozwiązania) uczyniłby to w OPZ. Ponadto uwzględnienie żądania Odwołującego prowadziłoby siłą rzeczy do istotnego ograniczenia czynników branych pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert jedynie do tych, które jest w stanie doprecyzować. Uwzględnienie żądania dotyczącego przedstawienia katalogu elementów i zagadnień jakie powinna zawierać koncepcja prowadzi zatem do pominięcia oceny wielu najistotniejszych dla Zamawiającego elementów związanych z zasadami utrzymania drogi, prowadzenia monitoringu drogi czy też zasadami zimowego utrzymania drogi, określanymi indywidualnie przez wykonawców na podstawie swojej najlepszej wiedzy i doświadczenia w utrzymaniu dróg.

Dla uznania dopuszczalności ustanowienia kryterium nie ma znaczenia fakt, iż wykonawca nie wie, ile punktów otrzyma za przedstawienie określonych działań i informacji (zna jednak kryteria/podkryteria ich przyznawania oraz maksymalną liczbę punktów do uzyskania). Niewiedza ta, w ocenie Zamawiającego, motywuje wykonawców do składania jak najlepszych z jego punktu widzenia propozycji. Nie wiedząc bowiem jakie propozycje złożą pozostali wykonawcy, stara on się złożyć ofert jak najlepszą dla Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu związanego z opisem oceny oferty w podkryterium 1, zgodnie z którym jeżeli przygotowana przez wykonawcę koncepcja, nie zostanie w żadnym elemencie drogi oceniona jako najlepsza, to w ogóle nie otrzyma punktów w ramach tego podkryterium, Zamawiający stwierdził, że zarzut ten należy także uznać za bezpodstawny.

Zgodnie z opisem oceny ofert w ramach podkryterium 1 „[...]Działania przewidziane w „Koncepcji” będą podlegać ocenie w odniesieniu do standardów utrzymania drogi

wskazanych we wzorze Koncepcji działań nr 1 stanowiącym Formularz 2.2. do SIWZ.[...]”. Za każdy ze standardów wykonawca może otrzymać procent wagi przy kontroli. Wystarczy uznanie, iż Koncepcja przewiduje najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla jednego standardu by otrzymać procent wagi przypisany, a w konsekwencji by oferta wykonawcy otrzymała punkty w ramach podkryterium. Koncepcja, której działania nie zostaną ocenione najwyższej w żadnym standardzie utrzymania drogi nie zasługuje na to, by być punktowaną, ponieważ w relacji do pozostałych koncepcji przewiduje najmniej efektywne działania dotyczące wymaganego standardu utrzymania drogi. Ponadto, w opisie sposobu oceny oferty w podkryterium 1 SIWZ przewiduje możliwość uzyskania „procentu wagi” przypisanego w tabeli dla danego standardu przez więcej niż jedną koncepcję pod warunkiem, że działania gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności wdrożenia i utrzymaniu wymaganego standardu drogi dla danego elementu.

Zamawiający ocenił, że oczekiwanie Odwołującego co do nadania wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium także nie jest uzasadnione, gdyż obowiązek takiego właśnie sposobu oceny oferty w ramach podkryteriów nie wynika z przepisów Pzp jak i prawa UE. Obowiązek ten formułowany jest w stosunku do kryteriów oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp) i Zamawiający przyznał odpowiednią wagę (znaczenie) kryterium oceny ofert Koncepcja wykonania usługi (40%), jak też określił dodatkowo znacznie/wagi poszczególnych podkryteriów.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że GDDKiA jako instytucja publiczna, działająca w ramach oddziałów terenowych, przeprowadziła przetargi w ramach zlecenia usług w systemie „Utrzymaj standard” na drogach krajowych. Postępowania to również były rozstrzygane w oparciu o Koncepcję sporządzaną przez wykonawców na podstawie postanowień SIWZ analogicznych, jak zaskarżona w niniejszym postępowaniu. W postępowaniach tych brali udział także wykonawcy, który przystąpili w niniejszym postępowaniu po stronie Odwołującego. Oznacza to, że zasady oceny, mimo, że zdaniem wykonawców kontrowersyjne, są możliwe do zastosowania i realizacji w ramach procedury przetargowej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania także z uwagi na sformułowanie przez Odwołującego zarzutów z naruszeniem art. 180 ust. 3 Pzp w zw. z § 1 pkt 5) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2004 r, w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (, a nadto z naruszeniem art.192 ust.3 pkt 1 oraz art. 197 Pzp.

W jego ocenie żądania wskazane przez Odwołującego w pkt IV odwołania zostały sformułowane w sposób ogólny, blankietowy, uniemożliwiający ich uwzględnienie przez Izbę w przypadku uznania ich zasadności, a nadto w sposób uniemożliwiający ich faktyczne wykonanie przez Zamawiającego w sposób; który będzie czynił zadość oczekiwaniom Odwołującego.

Zamawiający podał, że żądania Odwołującego ujęte w pkt IV odwołania zastały opisane ogólnikowo. Mając na względzie treść art. 192 ust. 7 Pzp zakazującego Izbie orzekania odnośnie zarzutów, które nie były wskazane w odwołaniu należy z ostrożną analogią odnieść ten zakaz także do treści żądań formułowanych przez odwołującego. Dowodzi tego treść art. 198d Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania, ani występować z nowymi żądaniami. Ustawowe ograniczenia rozszerzania zakresu żądań wskazują, że w toku postępowania zainicjowanego przez odwołującego analizie zostaną poddane wyłącznie te zarzuty i te żądania, które zostały podniesione w odwołaniu.

W takim stanie rzeczy to na odwołującym spoczywa obowiązek takiego sformułowania zarzutów i żądań, aby organ rozstrzygający miał możliwość ich weryfikacji, a następnie, w przypadku uznania ich zasadności, wydania orzeczenia zgodnego z przedstawionymi żądaniami. Orzeczenie to musi przy tym nadawać się do rzeczywistego wprowadzenia w życie, tak aby ewentualna korekta zaskarżonej czynności zamawiającego miała rzeczywisty wymiar i prowadziła do dalszego, zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa prowadzenia postępowania przetargowego. W związku z tym żądania odwołującego mają kluczowe znaczenia dla niego samego, jako, że odwołujący formułując odwołanie jest żywo zainteresowany tym, by w przypadku jego uwzględnienia, przetarg toczył się w sposób przezeń oczekiwany. Żądania muszą zatem być sformułowane na tyle precyzyjnie, aby zamawiający nie mógł uchylić się od ich praktycznego zastosowania w postępowaniu przetargowym. Nieprecyzyjne żądania mogą bowiem prowadzić do tego, że mimo uwzględnienia ich ewentualnej zasadności zamawiający nic będzie w stanie właściwie odczytać nadto ogólnie wyrażonej intencji odwołującego i w konsekwencji nie uczyni zadość tym żądaniami. Wówczas odwołujący w celu doprowadzenia brzmienia SIWZ do pożądanego kształtu będzie zmuszony do ponownego zaskarżenia czynności zamawiającego aż do osiągnięcia zadowalającego efektu. Brak precyzji w sformułowaniu żądania może więc prowadzić do zbędnego wydłużenia procedury przetargowej i toczenia sporów przed Izłą przy braku pewności, że efekt będzie dla odwołującego zadowalający. Precyzyjne sformułowanie żądania winno już nastąpić na etapie składania odwołania, gdyż zamawiający winien mieć możliwość przygotowania obrony swojego stanowiska wobec zarzutów i żądań odwołującego, a także winien mieć możliwość uwzględnienia danego zarzutu czy całego odwołania przed rozpoczęciem posiedzenia Izby.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie sprostał ustawowym wymogom w zakresie formułowania żądań w sposób umożliwiający ich faktyczne zastosowanie w postępowaniu przetargowym w sposób zgodny z jego intencjami.

Odwołujący żądając doprowadzenia SIWZ do zgodności z przepisami Pzp nie wskazał jakie konkretnie rozwiązania, w jego ocenie, spowodują doprowadzenie zaskarżonego SIWZ do stanu przezeń pożądanego. W tym kontekście trudno jest uznać, iż istnieje możliwość

jednoznacznego uczynienia zadość temu żądaniu, Izba uwzględniając odwołanie musi mieć na względzie brzmienie art. 192 ust. 2 Pzp, a zatem musi orzec o wpływie naruszenia na wynik postępowania. Odwołujący nie wskazał jaka treść SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia spowoduje, jego zdaniem, iż nie doszłoby do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy: Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Pol-Dróg Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, GNOM sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Rotomat sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnicy podtrzymali powyższe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców: Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Pol-Dróg Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Rotomat sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba nie dopuściła natomiast do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy GNOM sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi stwierdzając, że wbrew obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 185 ust. 2 zd. drugie *in fine* Pzp nie przesłał on kopii zgłoszonego przystąpienia Zamawiającemu.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści Ogłoszenia i SIWZ z załącznikami. Na podstawie powołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny nie był przedmiotem toczzonego sporu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający podkreśla, że nie podziela zapatrywań Zamawiającego dotyczących nieprecyzyjnego sposobu sformułowania żądań odwołania. Wskazać należy, że jakkolwiek ogólnym oczekiwaniem Odwołującego było doprowadzenie postanowień SIWZ do zgodności z przepisami Pzp, tym niemniej – wbrew stanowisku Zamawiającego – Odwołujący wyartykułował swoje oczekiwania w sposób dostatecznie dookreślony, czego dowodem jest pkt IV.1 lit. a) – e) odwołania. Ponadto należało mieć na względzie i tą okoliczność, że Odwołujący nie jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a jedynie organizacją działającą na rzecz takich podmiotów. W konsekwencji musi on uwzględniać interesy potencjalnych wykonawców z branży, którzy – jak trafnie argumentował na rozprawie – mogą mieć odmienne zapatrywania co do szczegółowego kształtu postanowień SIWZ.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów i żądań odwołania na wstępie należy powiedzieć, że ustawodawca postawił kryteriom oceny ofert jasny cel – mają one służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji sposób ich sformułowania nie może budzić wątpliwości, bowiem w przeciwnym razie nie będą one realizowały wspomnianej powyżej funkcji, a nadto będą utrudniać, jeżeli nie uniemożliwiać, zweryfikowanie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach środków ochrony prawnej. Skład orzekający nie kwestionuje przy tym zapatrywania, zgodnie z którym sposób oceny ofert w kryterium odnoszącym się do jakości oferowanego rozwiązania nie można sprowadzić li tylko do wskazania algorytmu, według którego dokonywana będzie punktacja ofert. Nie ulega również wątpliwości, że ocena ofert w takim kryterium jest immanentnie związana z subiektywizmem osób dokonujących ocen, bowiem odnosi się do aspektów, które niejednokrotnie nie są mierzalne lub których precyzyjne (np. liczbowe) określenie napotyka na trudności. Powyższe nie może stanowić jednak przyzwolenia dla takiego sformułowania kryterium pozacenowego, które umożliwić będzie całkowicie dowolną, arbitralną ocenę rozwiązań oferowanych przez wykonawców, gdyż – obok wspomnianych powyżej negatywnych konsekwencji – stanie to w sprzeczności z ciężącym na zamawiającym obowiązkiem poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że Zamawiający – formułując pozacenowe kryterium oceny ofert – naruszył przepisy art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie, w jakim nie uszczegółowił opisu swoich wymagań odnośnie działań wyszczególnionych w przyjętych podkryteriach oraz nie przewidział zasad przyznawania punktów w poszczególnych podkryteriach za proponowane przez wykonawców działania zmierzające do utrzymania wyznaczonych standardów.

Odnosnie pierwszego z aspektów zarzutu, który został uwzględniony skład orzekający wskazuje, że nie jest dopuszczalne, aby wykonawcy dowiadawali się o oczekiwaniach zamawiającego odnośnie proponowanych sposobów realizacji zamówienia *ex post*, czyli po

złożeniu oferty. Nie kwestionując poglądu o twórczym charakterze przygotowywanych Koncepcji trzeba mieć na uwadze, że wykonawcy – przygotowując ofertę, która ma zostać oceniona pod kątem jakości oferowanych rozwiązań – powinni z postanowień SIWZ czerpać wiedzę o preferowanych przez zamawiającego sposobach zaspokojenia jego oczekiwań. Wynika to z faktu, że zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi dysponować chociażby ogólną wizją sposobu jego realizacji, w przeciwnym bowiem razie ocena propozycji przedstawianych przez wykonawców będzie w istocie nie tyle subiektywna (cecha ta – jak wspomniano – jest nieodłącznie związana z oceną ofert w kryteriach jakościowych), co dowolna. W konsekwencji nie jest wystarczające ogólnikowe stwierdzenie, że proponowane metody realizacji działań mają być adekwatne do osiągnięcia zakładanych przez zamawiającego celów, a w ich ramach – o czym w dalszej części uzasadnienia – promowane będą te metody, które są najlepsze, najskuteczniejsze, czy najbardziej efektywne.

W zakresie drugiego z aspektów stwierdzonego naruszenia przepisów Pzp Izba uznała, że w jego konsekwencji – jak trafnie argumentował Odwołujący – nie jest możliwe ustalenie w jaki sposób należy przygotować ofertę, aby otrzymała ona maksymalną liczbę punktów oraz czym, zdaniem Zamawiającego, miałyby się różnić oferta najlepsza od ofert zajmujących kolejne miejsca w rankingu. Brak opracowania tego elementu opisu kryterium jakościowego, niezależnie od tego, czy świadczy to – jak chciał tego Odwołujący i wykonawcy przystępujący po jego stronie – o zupełnym braku pomysłu na kształt metodologii oceny, daje podstawę do twierdzenia, że Zamawiający stworzy ją dopiero po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert. Nie jest przy tym wystarczające odwoływanie się do całkowitej liczby punktów możliwych do uzyskania w danym podkryterium i stwierdzenie, że oferta prezentująca najbardziej efektywne (najlepsze, najskuteczniejsze) rozwiązania uznana zostanie za najlepszą i otrzyma największą liczbę punktów, co stanowić będzie następnie punkt odniesienia dla skonstruowania rankingu pozostałych ofert. Taka formuła nie niesie ze sobą wiedzy o preferowanych (pożądanych) przez Zamawiającego rozwiązaniach, wobec czego wykonawca, mimo posiadania statusu profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, nie może w żaden sposób ocenić, czy i w jakim stopniu jego oferta spotka się z uznaniem Zamawiającego oraz jakie ma szanse na uzyskanie zamówienia. Nie można w tym zakresie polegać – jak chce tego Zamawiający – wyłącznie na wiedzy i doświadczeniu wykonawców, ta bowiem odnosi się ogólnie do realizacji zamówienia, nie zaś do preferencji zamawiającego dotyczących jego sposobów. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której zamawiający i wykonawcy mogą mieć różne wyobrażenia dotyczące najlepszych metod wykonania zamówienia i nie można obarczać wykonawców powinnością przewidywania zapatrywań zamawiającego dotyczących tej kwestii.

Nie sposób twierdzić przy tym, że niewiedza o sposobie punktowania ofert motywuje wykonawców do proponowania najlepszych dla Zamawiającego rozwiązań.

Każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu jego uzyskanie, a zatem jego zamierzeniem jest złożenie oferty, która w najpełniejszy sposób odpowiadać będzie oczekiwaniom zamawiającego. W związku z powyższym nie można zakładać, że taka niewiedza w jakikolwiek sposób motywuje wykonawcę do najbardziej optymalnego doboru środków służących realizacji zamówienia, skoro nie posiada żadnej wiedzy o preferencjach zamawiającego.

Izba nie uwzględniła przedstawionej przez Zamawiającego na rozprawie argumentacji, zgodnie z którą ocena Koncepcji (i związane z tym przyznawanie punktów w poszczególnych podkryteriach) dokonywana będzie przez pryzmat zakładanych przez Zamawiającego dla określonych w OPZ czynności czasów maksymalnych czasów reakcji. Należy mieć bowiem na względzie, że wniosek taki nie płynie z treści postanowień pkt 17.1.2 SIWZ. Przeciwnie – ich lektura prowadzi do konkluzji, że w ramach poszczególnych Programów działań składających się na Koncepcję, do których referują odpowiednie podkryteria oceny ofert w kryterium pozacenowym, oceniane będą rodzaje proponowanych przez wykonawców działań, mających służyć utrzymaniu wymaganych przez Zamawiającego standardów i metody służące ich realizacji. Powyższe stoi niejako w sprzeczności ze złożonym przez Zamawiającego na rozprawie oświadczeniem, że – biorąc pod uwagę postanowienia OPZ – jednym z najważniejszych (o ile nie najważniejszym) miernikiem skuteczności (efektywności, jakości) działań będzie właśnie czas reakcji. Nawet jeśli przyjąć, jak chciał tego Zamawiający, że obowiązkiem wykonawcy jest całościowa interpretacja postanowień SIWZ, to – zestawiając pkt 17.1.2 SIWZ z OPZ – nie sposób wyprowadzić wniosku, że działania proponowane przez wykonawców oceniane będą właśnie pod kątem przewidzianego maksymalnego czasu reakcji.

Co więcej – Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wystarczające dla otrzymania maksymalnej liczby punktów w danym podkryterium jest zaproponowanie jakiegokolwiek metody realizacji działania, która oceniona zostanie jako gwarantująca zachowanie przewidzianego w OPZ czasu reakcji. Takie stwierdzenie stawia pod znakiem zapytania sens stopniowania ocen przyznawanych ofertom, co – zdaniem składu orzekającego – przekreśla niejako ideę wprowadzenia kryterium pozacenowego, skoro, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, można zakładać, że wszyscy wykonawcy, którzy złożą Koncepcje, otrzymają za nie maksymalne liczby punktów.

Powyższe powoduje, że Zamawiający powinien był zrewidować swoje stanowisko w przedmiocie sposobu sformułowania kryterium jakościowego. W konsekwencji, Izba uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu taką modyfikację postanowień SIWZ, która uwzględniać będzie – po pierwsze – szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w zakresie przewidzianych w podkryteriach działań (liczbę i rodzaj metod ich realizacji) oraz – po drugie – punktację przyznawaną przez członków komisji przetargowej Zamawiającego

dokonujących oceny złożonych przez wykonawców koncepcji za przewidziane w nich liczby i rodzaje metod służących utrzymaniu oczekiwanych przez Zamawiającego standardów.

Posiłkując się przykładem odnoszącym się do jednego z opisów działań w ramach programu działań nr 2 – „Sposób prowadzenia monitoringu” (metody monitorowania stanu bezpieczeństwa ruchu drogowego, w szczególności sposób pozyskiwania informacji o zdarzeniach wymagających doraźnych interwencji służb utrzymaniowych) Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby, będzie zobowiązany do określenia rodzajów sposobu monitoringu i przypisanej im punktacji, uwzględniającej również liczbę urządzeń, które wykonawca przeznaczy do realizacji zamówienia. Taki opis nie musi uwzględniać wszystkich możliwych sposobów monitorowania stanu bezpieczeństwa ruchu drogowego, bowiem Zamawiający nie musi mieć wiedzy o wszystkich dostępnych na rynku jego metodach, tym niemniej powinien wziąć pod uwagę, że jeżeli wykonawca zaproponuje dodatkową przydatną metodę realizacji działania, powinien otrzymać za to punkty. Także w przypadku wskazania przez wykonawcę na inne niż wyszczególnione przez Zamawiającego działania (z podaniem metod ich realizacji) powinien on otrzymać dodatkowe punkty. Oferta, która uzyska największą liczbę przyznawanych w ten sposób punktów uznana zostanie za zawierającą najlepszy program działań i otrzyma 10 punktów.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutów odwołania w zakresie, w jakim zmierzały do dalszego określenia elementów, które powinien zawierać opis Koncepcji w ramach danego podkryterium. Zamawiający określił je bowiem w formularzu 2.2 w sposób, który – w ocenie składu orzekającego – jest wystarczająco precyzyjny, a ponadto jego uszczegóławianie przeczyłoby wspomnianemu twórczemu charakterowi koncepcji. Izba uznała, że Zamawiający nie musi również tworzyć z opisu działań zamkniętego katalogu, przy założeniu, że wprowadzenie do niego przez wykonawców elementów nowych powinno być dodatkowo punktowane, wzmacniając tym samym konkurencyjność w zakresie jakości oferowanych rozwiązań.

Z powyższych względów nie było również uzasadnione żądanie uszczegółowienia listy zagadnień uznawanych przez Zamawiającego za kluczowe.

Należy mieć przy tym na względzie, że wykonawcy będą mogli czerpać wiedzę o tym, które z zagadnień mają taki charakter, przez porównanie możliwej do otrzymania liczby punktów za każde z nich.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....