Sygn. akt: KIO 1298/19

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2019 roku, 31 lipca 2019 roku oraz 19 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2019 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego dr R. C. (pełnomocnik) oraz (2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny, (adres dla pełnomocnika ulica Sobieszyńska 35, 00-764 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. Wykonawcy Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. S. & T. Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1298/19 po stronie odwołującego

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) D., Z., P. Spółka Komandytowa (pełnomocnik) oraz (2) D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. Konsulting Group (adres dla pełnomocnika ulica Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1298/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 czerwca 2019 roku, unieważnienie czynności badania i oceny ofert, dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w części I zamówienia w szczególności w zakresie kryterium „metodologia” oraz „wartość techniczna” zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.).

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka

Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego dr R. C. (pełnomocnik) oraz (2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego dr R. C. (pełnomocnik) oraz (2) T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), 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: .....

Sygn. akt: KIO 1298/19

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Usługi doradztwa prawnego w zakresie zadań realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji (Regiony) świadczone w ramach Pomocy Technicznej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 (POliŚ) oraz Pomocy Technicznej Connecting Europe Facility na lata 2014-2020 (CEF) na potrzeby wsparcia zadań inwestycyjnych finansowanych ze środków UE w ramach POliŚ i CEF",
nr postępowania u Zamawiającego: 6060/1CZ4/06457/02241/16/P" (zwane dalej postępowaniem). Postępowanie prowadzone jest z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Przedmiot objęty odwołaniem dotyczy części pierwszej zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

nr 2016/S 057-096427 z dnia: 22/03/2016.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp".

W dniu 8 lipca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego dr R. C. (pełnomocnik) oraz T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca (zwanych dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze w zakresie części pierwszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: D. Z. P. Sp.k. oraz D. K. Consulting Group (dalej jako: DZP).

Powyższym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie

oceny ofert, w tym w ramach kryterium „Metodologia" i „Wartość techniczna" w sposób niezgodny z przyjętym w pkt 19 SIWZ trybem i sposobem oceny ofert,

2) art. 91 ust. 1 P pzp wzw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez dokonanie oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia" w sposób arbitralny oraz nieuwzględniający przedmiotu zamówienia oraz ryzyk faktycznie występujących w toku realizacji umowy na doradztwo prawne,

3) art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez niedopuszczalną zmianę po upływie terminu składania ofert zasad dokonywania oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, co prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania,

4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiającą się w preferencyjnej ocenie oferty DZP względem pozostałych oferentów, w tym w szczególności oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 czerwca 2019 r.

2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym przyznanie punktów ofertom wykonawców biorących udział w postępowaniu w sposób wskazany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,

3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

4) wyznaczenie terminu rozprawy po 26 lipca 2019 r. z uwagi na zaangażowanie pełnomocników Odwołującego w inne projekty oraz zaplanowane obowiązku zawodowe, które kolidować będą z terminem rozprawy wyznaczonym na dzień pomiędzy dniem złożenia odwołania a 26 lipca 2019 r.

5) rozpatrzenie sprawy w składzie trzech arbitrów,

6) dopuszczenie dowodu z akt postępowań toczących się pod sygnaturami KIO 2578/17 oraz KIO 2710/17 na okoliczność sposobu procedowania przetargu przez Zamawiającego, oceny ofert dokonywanej w ramach części III zamówienia,

7) dopuszczenie dowodu z akt postępowań toczących się pod sygnaturą KIO 1256/18 - na okoliczność potwierdzenia, że działanie Zamawiającego ma charakter preferujący ofertę DZP, a dokonania oceny ofert uprzednio miała również cechy arbitralnej oraz dowolnej oceny ofert.

8) na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp w zw. z 8 ust. 3 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2018.1092 t.j.) Odwołujący wniósł również o wyłączenie jawności postępowania z uwagi na okoliczność, iż merytoryczne rozpatrzenie zarzutów będzie wiązało się z koniecznością przywołania oraz analizy fragmentów skutecznie zastrzeżonych w toku postępowania przetargowego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ gdyby Zamawiający nie dopuścił się szeregu naruszeń Pzp to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji to z Odwołującym zostałaby podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Różnica pomiędzy ilością punktów przyznaną ofercie DZP i ofercie Odwołującego wynosi mniej niż 1 punkt. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania wynagrodzenia z realizacji przedmiotowego zamówienia oraz wygenerowania zysku z tytułu jego realizacji.

Termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp został zachowany, ponieważ Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 26 czerwca 2019 r., co oznacza, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upływa 8 lipca 2019 roku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał następujący stan faktyczny:

Zamawiający od dnia 18 marca 2016 r. prowadzi przedmiotowe postępowanie, w toku którego prawie dwudziestokrotnie dokonywał modyfikacji SIWZ, w tym zmieniał termin składania ofert oraz udzielił kilkudziesięciu odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania do dokumentacji przetargowej.

Finalnie zgodnie z pkt 4 SIWZ-IDW Zamawiający przewidział podział zamówienia na części, z których każda obejmowała obsługę prawną określonego obszaru działalności Zamawiającego:

Część I - Umowy
Część II — Energetyka

Część III - Organizacja przedsięwzięć inwestycyjnych
Część IV - Telekomunikacja

W postępowaniu łącznie złożonych zostało 10 ofert, z czego 5 ofert w ramach części I,

4 oferty w ramach części III oraz 1 oferta w ramach części IV.

W ramach I części zamówienia oferty zostały złożone przez następujących Wykonawców:

1. Odwołujący;

2. Konsorcjum firm: JZP Kancelaria Adwokacja J. - Z., Z. P., Z.

   i Partnerzy oraz P. & S. Kancelaria Radców Prawnych Sp. p. (dalej: kancelaria JZP lub JZP);

3. Konsorcjum firm: Kancelaria Radców Prawnych M. i Partnerzy oraz P., D. i Wspólnicy Sp. p. (dalej: kancelaria M. lub M.)

4. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. S. & T. Sp. k.-a. (dalej: kancelaria S. lub S.);

5) DZP.

W dniu 5 maja 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru w ramach IV części zamówienia oraz unieważnił postępowanie w ramach części II z uwagi na brak ofert.

W dniu 24 listopada 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty dla części III zamówienia uznając ofertę konsorcjum W. T. P. D. spółka komandytowa oraz M. M.(2) i Partnerzy Prawnicza Sp. k. jako ofertę najkorzystniejszą. W dniu 12 grudnia 2017 r. Zamawiający unieważnił ww. czynność oraz dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego była ona wynikiem uwzględnienia zarzutów odwołania wniesionego przez Kancelaria Prof. M. W. i i Partnerzy — Adwokaci i Radcowie Prawni z siedzibą w Warszawie (dalej: kancelaria W.) (sprawa toczyła się pod sygn. KIO 2578/17). W tej samej dacie Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty ww. jako oferty najkorzystniejszej. Niemniej jednak pomimo tego, iż formalnie Zamawiający nie dokonał uwzględnienia odwołania to faktycznie podjęte czynności nie stanowiły wypełnienia dyspozycji żądań i zarzutów odwołania, co skutkowało wniesieniem przez ww. wykonawcę kolejnego odwołania — sprawa toczyła się pod sygnaturą KIO 2710/17. Izba uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie ww. czynności oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 30 stycznia 2018 r. Zamawiający ponownie unieważnił wcześniejszą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował Wykonawców, że dla części III jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez kancelarię W. .

W dniu 15 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania w ramach części I zamówienia, i wyborze oferty DZP jako oferty najkorzystniejszej.

Ww. wybór został zaskarżony przez Odwołującego, który wniósł w dniu 25 czerwca 2018 r. odwołanie, w którym zarzucał m.in., że czynność badania i oceny ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert była obarczona błędem, jak również była sprzeczna z Pzp oraz zasadami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż Zamawiający w sposób całkowicie dowolny oraz arbitralny dokonał przyznania punktacji poszczególnym ofertom złożonym w ramach części I zamówienia. Sprawa toczyła się pod sygn. akt: KIO 1256/18.

W wyniku wniesionego odwołania Zamawiający w dniu 27 czerwca 2018 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej informując, że dokona ponownego badania oraz oceny ofert (kopia rozstrzygnięcia w załączeniu). Powyższe skutkowało koniecznością wycofania przez Odwołującego odwołania z uwagi na brak substratu zaskarżenia odwołania. Podtrzymanie zarzutów skutkowałoby bowiem jego oddaleniem z uwagi na treść art. 190 ust. 7 Pzp.

Owo powtórne badanie i ocena ofert zajęła Zamawiającemu 364 dni, gdyż w dniu 26 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania w ramach części I zamówienia i wyborze oferty DZP, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wraz z ww. informacją przekazał karty oceny ofert wykonawców. Ich analiza wskazuje, że ocena ofert dokonana w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert została w zasadzie powieloną wobec czynności z dnia 15 czerwca 2018 r. zaskarżonej odwołaniem z dnia 25 czerwca 2018 r. a sama ocena dokonana została z naruszeniem przepisów prawa, co uprawnia Odwołującego do wniesienia odwołania kwestionującego ww. czynność.

<u>Ocena ofert w ramach kryterium „Metodologia”</u>

Odwołujący wskazuje, iż analiza uzasadnienia kart oceny ofert prowadzi do przekonania, iż Zamawiający dokonał punktacji w ramach kryterium „Metodologia" w sposób rażąco godzący w naczelne zasady zamówień publicznych oraz w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w pkt 19 SIWZ-IDW, których uszczegółowienie znajduje się w treści odpowiedzi na pytania do SIWZ.

Sposób dokonywania oceny ofert w ramach ww. kryterium został określony w pkt 19.15 SIWZ - IDW:

„Kryterium „METODOLOGIA” (M) - możliwa liczba punktów do uzyskania - 13 (trzynaście).

Wyznaczeni członkowie komisji dokonają oceny cząstkowej. W ramach kryterium „METODOLOGIA” Wykonawca przedstawi opracowanie o rozmiarach nie większych niż 40 stron A4, sporządzone czcionką Arial 11, z interlinia max. 1,15; i marginesami normalnymi, które winno zawierać:

1) analizę przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją w tym sposobu komunikacji i wymiany danych - za tę część opisu wykonawca może otrzymać od poszczególnych członków komisji przetargowej do 3 pkt;

2) propozycje rozwiązań wskazanych problemów wraz z propozycjami zastosowania nowych technologii i rozwiązań do współpracy z Zamawiającym - za tę część opisu wykonawca może otrzymać od poszczególnych członków komisji przetargowej do 3 pkt;

3) opis zasad współpracy z zamawiającym i z podmiotem/podmiotami zewnętrznymi wyznaczonymi przez Zamawiającego do współpracy - za tę część opisu wykonawca może otrzymać od poszczególnych członków komisji przetargowej do 3 pkt;

4) analizę problemów i zagrożeń wraz z propozycją przeciwdziałania tym problemom w związku z realizacją umowy o doradztwo prawne w kontekście konstruowania i wykonywania umów dotyczących projektów infrastrukturalnych/zagadnień prawa energetycznego w związku z realizacją procesów infrastrukturalnych/organizacją procesu inwestycyjnego w kontekście przepisów prawa administracyjnego/wdrożeniem budowy sieci infrastruktury telekomunikacyjnej (wybrać właściwe zagadnienie dla części zamówienia) - za tę część opisu wykonawca może otrzymać od poszczególnych członków komisji przetargowej do 4 pkt. ”

Zamawiający nie wskazał w SIWZ w jaki sposób będzie dokonywał gradacji punktów w określonych przez siebie skalach („widełkach”), jak również jakie czynniki będą wpływać na obniżenie przewidzianej punktacji. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 28 z dnia 18

stycznia 2018 r. (odpowiedź co prawda odnosiła się do kryterium „Wartość Techniczna” niemniej jednak z uwagi na analogicznie opisany sposób dokonywania ocen w ramach obydwu kryteriów jest ona w pełni adekwatna również do kryterium „Metodologia"): „Przyjęta przez zamawiającego konstrukcja kryterium oparta jest o zasadę metody wartościującej. Przy zastosowaniu takiej metody Zamawiający posługuje się kryte nami niewymiernymi, którym należy nadać znaczenie takie, jak wynika z językowego brzmienia w zestawieniu z wymaganiami wynikającymi z SIWZ oraz zasadami obowiązującymi w zakresie profesjonalnego świadczenia pomocy prawnej przez wykwalifikowane osoby. Kryteria niewymierne z reguły podlegają kwantyfikacji przez stopniowanie spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. ”

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający dokonując oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia” naruszył ww. ustanowione przez siebie zasady i reguły. Analiza kart oceny ofert wykonawców prowadzi do przekonania, że ocena Metodologii była dokonywana w oparciu o metodę porównawczą dokumentów poszczególnych wykonawców, z pominięciem zestawienia „preferencji zamawiającego” i zidentyfikowanych przez wykonawców ryzyk.

W ocenie Odwołującego ocena ofert została dokonana w oderwaniu od problemów i zagrożeń faktycznie występujących przy realizacji umów na doradztwo prawne skupiając się na podstawieniu sposobu prezentowanych treści Metodologii. Co więcej, w ocenie Wykonawcy Zamawiający w sposób preferencyjny ocenił ofertę DZP i to Metodologia ww. wykonawcy stanowiła podstawę dokonywania kolejnych porównań, co zostanie szczegółowo wykazane poniżej.

Odwołujący pragnie wskazać, że jeden z konsorcjantów Odwołującego nieprzerwalnie od 2013 r. świadczy na rzecz Zamawiającego usługi doradztwa prawnego w zakresie analogicznym do tego, jakie zostało objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Analiza ryzyk i sposób ich rozwiązania został określony na podstawie posiadanego doświadczenia oraz upodobań Zamawiającego co do sposobu i jakości świadczenia usług prawnych. Upodobania te mają odzwierciedlenie m.in. w kartach oceny okresowej jakości świadczonych usług prawnych przez Odwołującego i spotkaniach podsumowujących okresy świadczenia usług prawnych (Zamawiający ocenia pozytywnie / wyróżniająco sposób świadczenia przez Odwołującego doradztwa prawnego), o czym szerzej w dalszej części odwołania. Podkryterium PM 1 - „analiza przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją w tym sposobu komunikacji i wymiany danych” Zamawiający w ramach powyższego kryterium (max. 3 punkty) przyznał następującą ilość punktów:

Odwołujący - 2,67

Kancelaria JZP - 2,67

Kancelaria M. -1,67

Kancelaria S. -1,67

Kancelaria DZP - 2,67

W ramach pierwszego z podkryterium Metodologia (dalej jako: PM1) Zamawiający wskazał, iż będzie oceniał analizę przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją, w tym sposobu komunikacji i wymiany danych.

Odwołujący, konsorcjum DZP oraz kancelaria JZP otrzymali taką samą liczbę punktów, tj. 2, 67 pkt. Niemniej jednak w ocenie Odwołującego mając na względzie okoliczności opisane poniżej oraz opisaną przez Zamawiającego metodę „wartościującą” ww. ocenę należy uznać za nieprawidłową.

Analiza kart oceny poszczególnych ofert wskazuje, że Odwołujący zidentyfikował i opisał największą liczbę problemów oraz zagrożeń (ponad 10 różnych zidentyfikowanych potencjalnych ryzyk), jakie mogą wystąpić podczas realizacji przedmiotowego zamówienia.

Co więcej wykonawcy DZP i JZP (każdy w złożonej Metodologii) dokonali multiplikacji tych samych zagrożeń, tj. „poufność informacji” oraz „ochrona danych” i z tego względu powinny być poczytywane jako jedno tożsame zagrożenie. Podobnie również pozycje związane ze śledziem zmian w prawie i orzecznictwie a ryzykiem pn. „aktualizacja wiedzy”.

Co więcej, zidentyfikowane przez DZP ryzyko „nieznajomości praktyk Zamawiającego" jest ryzykiem jedynie po stronie ww. kancelarii, gdyż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu świadczą bądź świadczyli na rzecz Zamawiającego usługi doradztwa prawnego. Dla realizacji doradztwa prawnego ww. ryzyko nie będzie się materializować dla pozostałych oferentów. Odnosząc się natomiast do ryzyka identyfikowanego przez DZP

dot. wpływu zmiany praktyk innych podmiotów publicznych na Zamawiającego Odwołujący

wskazuje, że od lat to działalność Zamawiającego oraz sposób prowadzonych postępowań jest wytyczną dla innych podmiotów zamawiających. Zmiana sposobu prowadzenia postępowań przez innych zamawiających, w tym GDDKiA, pozostaje bez wpływu na działalność Zamawiającego, który przy prowadzeniu postępowań zobowiązany jest stosować aktualne regulacje prawne, nie zaś praktyki innych Zamawiających, które mogą wynikać ze specyfiki prowadzonej przez nich działalności (np. inwestycji drogowych, które różnią się w zasadniczym stopniu od praktyki związanej z inwestycjami kolejowymi PKP PLK

S.A. — inwestycje drogowe prowadzone przez np. GDDKiA zakładają budowę nowych dróg i autostrad, natomiast projekty realizowane przez Zamawiającego obejmują w ponad 90% modernizację lub przebudowę istniejącej infrastruktury).

Jedynym ujawnionym w karcie oceny ofert powodem prowadzącym do nieprzyznania Odwołującemu maksymalnej ilości punktów jest wskazanie, że Odwołujący w sposób ogólny opisał ryzyko związane z konfliktem interesów.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wykazał, iż oczekuje od wykonawców, że oprócz identyfikacji problemu wymaga dokonania jego szczegółowego opisu problemu/zagrożenia - zgodnie z opisem kryterium oceny ofert podkryterium brzmiało:

analizę przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją w tym sposobu komunikacji i wymiany danych

Wskazania wymaga, iż abstrahując od powyższego, dla tego konkretnego zagrożenia brak było potrzeby opisywania sposobu jego eliminowania, gdyż Zamawiający przewidział w umowie szczegółowe regulacje dotyczące sposobu rozwiązywania konfliktu interesów (§ 8 ust. 2 i nast.), a zatem dokonywanie jego szczegółowego opisu niejako stanowiłoby powielenie regulacji umownych („sztuczny" opis ryzyka). Zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie (strona nr 25 Metodologii) jest zgodne z założeniami przewidzianymi w umowie (§ 8 ust. 7) oraz art. 25 kodeksu etyki radcy prawnego.

Niezależnie od powyższego ww. ryzyko nie zachodzi względem Odwołującego, który jako podmiot od wielu lat świadczy usługi na rzecz Zamawiającego będąc zobowiązanym złożyć stosowne oświadczenia w ww. zakresie, zobowiązany był także podjąć działania zmierzającego do wyeliminowania sytuacji, które rzutowałyby negatywnie na obiektywizm wykonywanych usług prawnych, i powstawanie choćby potencjalnych, konfliktów interesów. Odwołujący bezpośrednio na rozprawie przedstawi dowody potwierdzające ww. okoliczności.

Dalej, Odwołujący wskazuje, że w Metodologii zidentyfikował szereg zagrożeń, niedostrzeżonych przez pozostałych konkurentów, które powinny powodować przyznanie jego ofercie dodatkowych punktów. Do ryzyk tych zalicza się:

a. Ryzyko związane z wyceną zleceń - Wykonawca wskazuje, że właściwe oszacowanie pracochłonności pracy prawnika nad danym zleceniem (jeszcze przed przystąpieniem do jego realizacji, jedynie na podstawie oceny przesłanych dokumentów) jest kluczowe do właściwego wykonania zlecenia oraz właściwego rozliczenia umowy na doradztwo prawne współfinansowanej ze środków unijnych. Niedoszacowanie pracochłonności będzie skutkować koniecznością sfinansowania przez Wykonawcę kosztów jego wykonania (w przypadku niewyrażenia przez Zamawiającego zgody na zmianę wyceny), a w przypadku oszacowania czasu pracy na poziomie wyższym niż wynika to z zakresu zlecenia narażać może Zamawiającego na zarzut niegospodarnego wydatkowania środków unijnych. Odwołujący wskazuje, że z posiadanego doświadczenia wynika, że w znacznej części przypadków kancelaria oraz Zamawiający mają rozbieżne zapatrywania co do pracochłonności pracy nad danym zleceniem, co stanowi przedmiot wielodniowych wyjaśnień i negocjacji co - np. w przypadku terminowych zleceń, np. reprezentacja przed organem - skraca czas pracy na wykonanie zlecenia (np. na przygotowanie pisma procesowego). W ocenie Odwołującego ww. ryzyko winno zostać uwzględnione przez Zamawiającego przy dokonywanej ocenie oferty. Co ważne kwestie związane z wyceną zlecenia stanowią realne zagrożenie dla właściwej realizacji umowy na doradztwo prawne - tak pod względem prawidłowego merytorycznego wykonania zlecenia, jak również ma wpływ na poprawność stosunków pomiędzy kancelarią a Zamawiającym. Odwołujący przedłoży w tym zakresie stosowne dowody bezpośrednio na rozprawie.

b. Kolizja terminów - Odwołujący wskazuje, że posiadanie personelu będącego w pełnej dyspozycji Zamawiającego, jak również personelu pomocniczego nie niweluje ryzyka związanego z kolizją terminów. Z uwagi na okoliczność, że Zamawiający wymaga, aby osoby zaangażowane w realizację zlecenia stanowiły zespół wysoko wykwalifikowanych i doświadczonych prawników należy przyjąć, że osoby te będą zaangażowane w realizację wielu projektów i tematów, w tym również na rzecz innych podmiotów, co powoduje, że kolizja terminów jest zagrożeniem realnym i jako takie winno zostać ocenione jak jedno z kluczowych ryzyk po stronie tak kancelarii, jak i Zamawiającego. Ww. zostało dostrzeżone jedynie przez Odwołującego, co powinno

skutkować dokonaniem wartościującej oceny jego oferty względem pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący przedłoży w tym zakresie stosowne dowody bezpośrednio na rozprawie.

c. Błędy merytoryczne stanowią kolejne ryzyko, które zostało zidentyfikowane jedynie przez Odwołującego, a które zostało zbagatelizowane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że z uwagi na skale oraz rodzaj realizowanych przez Zamawiającego inwestycji ww. ryzyko winno zostać uznane za jedno z ważniejszych, a brak jego identyfikacji winien skutkować przyznaniem odpowiednio większej liczby punktów ofercie Odwołującego.

Dokonanie przez Zamawiającego czynności według rekomendacji wykonawcy niezgodnych z przepisami prawa może mieć doniosłe konsekwencje dla Zamawiającego, w tym w szczególności narazić Zamawiającego na utratę dofinansowania poszczególnych inwestycji. Odwołujący wskazuje, że błędy nie muszą być wynikiem niewłaściwego działania osoby realizującej zlecenie, ale przykładowo nieprzekazaniem przez osobę zlecającą pełnej dokumentacji, pominięcie w opisie zlecenia istotnych okoliczności czy też sformułowanie zapytania do kancelarii nieoddającego intencji zlecającego. Powyższe skutkuje bowiem ustaleniem błędnego stanu faktycznego oraz sporządzeniem rekomendacji, które są właściwe dla danego problemu. Odwołujący przedstawi na rozprawie dowody potwierdzające, że ww. ryzyko jest często identyfikowanym problemem, który ma wpływ na świadczenie usług prawnych na rzecz Zamawiającego.

Podsumowując powyższe prawidłowa punktacja powinna prezentować się w następujący sposób:

	DZP	Odwołujący SIEDLECKI	MIKULSKI	SOWISŁO	ZUGAJ	Uwagi:
LICZBA PUNKTÓW	2,67	2,67	1,67	1,67	2,67	
PRAWIDŁOWA PUNTACJA	7	3	?	?	?	
Zmiana przepisów prawa	+	+		+	+	
Zmiana stanowiska orzecznictwa						
Aktualizacja wiedzy						
Zmiana praktyki innych Zamawiających	+	Ryzyko nieistotne z punktu wic prawidłowości realizacji zamów			zenia /lenia	
Sprzeczność wewnętrznych procedur, brak decyzyjności	+					
Nieznajomość praktyki Zamawiającego	+	nie dotyczy	nie dotyczy	nie dotyczy	nie dotyczy	Wszystkie Kancelarie poza DZP świadczą bądź świadczyły usługi prawne na rzecz Zamawiającego
Ryzyko zwiększenia personelu	+	+				
Zastępowalność personelu	+			+	+	
Dostępność personelu poza siedzibą Zamawiającego		+				
Komunikacja, wymiana danych	+	+	+	+		

Poufność informacji, ochrona danych	+	+	+	+
Prawidłowa rozliczalność	+	+1		+
Wewnętrzne bazy wiedzy	+	+		+
Konflikt interesów			+	
Krótkie terminy realizacji zleceń		+		
Szeroki zakres zleceń		+		
Wycena zleceń		+		

Błędy merytoryczne		+		
Kolizja terminów		+		

* Legenda:

- zaciemnienie oznacza, zidentyfikowane przez Zamawiającego ryzyka, uzasadniające nieprzyznanie punktów w danym kryterium wykonawca

- symbol „+"oznacza zidentyfikowane przez Wykonawcę ryzyko.

W świetle powyższego Odwołujący wskazuje, iż w ramach przedmiotowego podkryterium zidentyfikował szeroko możliwe problemy i zagrożenia, co powinno wpłynąć na wysokość przyznanej mu punktacji względem pozostałych oferentów. W tym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przewidział ryzyko związane z konfliktem interesów.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o zmianę oceny ofert w ramach PMI w następujący sposól

a. Przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów, tj. 3 punktów w ramach podkryterium PMI, a ofercie DZP odpowiednio mniej punktów, ale nie więcej niż 2 punkty, lub alternatywnie

b. Przyznanie ofercie Odwołującego 3 punktów w ramach podkryterium.

Podkryterium PM2 - „propozycja rozwiązań wskazanych problemów wraz z propozycjami zastosowania nowych technologii i rozwiązań do współpracy z Zamawiającym”

W ramach tego kryterium wykonawcy otrzymali następującą ilość punków:

Wykonawca	Liczba Przyznanych Punktów (Maksymalnie 3 Punkty):
Kancelaria S.	
Kancelaria DZP	

Odwołujący wskazał, iż działanie Zamawiającego polegające na przyznaniu maksymalnej liczby punktów ofertom wykonawców kancelarii JZP i kancelarii DZP, należy poczytywać jako uznanie, iż oferta w danym podkryterium została uznana za „perfekcyjną” czy też „bez zastrzeżeń". Niemniej jednak analiza oceny ofert zdaje się wskazywać, iż obie oferty obarczone są istotną wadą - nie zawierają opisu sposobu rozwiązywania problemu konfliktu interesów, zatem nie powinny otrzymać oceny maksymalnej. W powyższym działaniu Zamawiającego brak jest logiki i konsekwencji zwłaszcza w kontekście tego, iż w stosunku do oferty Odwołującego Zamawiający poczynił zarzut zbyt ogólnego opisu problemu konfliktu interesów, co bezpośrednio rzutowało na przyznanie mu mniejszej liczby punktów w obrębie ww. kryterium.

1,67

3

Innymi słowy analiza kart oceny ofert prowadzi do wniosku, że brak zidentyfikowania problemu, a tym samym brak opisu jego rozwiązania daje Zamawiającemu możliwość przyznania w ramach podkryterium maksymalnej liczby punktów, natomiast identyfikacja problemu, ale brak opisu jego rozwiązania - skutkuje koniecznością przyznania odpowiednio mniejszej liczby punktów (i). W ocenie Odwołującego powyższe prowadzi do rażącego naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców i pozostaje w jaskrawej sprzeczności ze sposobem oceny ofert, wynikającym z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający wyżej ocenia ofertę, która w ogóle nie omawia danego zagadnienia niż ofertę, która opisuje ten problem, ale w ocenie Zamawiającego w sposób niewyczerpujący.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że „ Wykonawca nie przenalizował dogłębnie problemu prawidłowej rozliczalności zleceń, skupił się jedynie na etapie szacowania zlecenia", Odwołujący wskazuje, iż ww. stwierdzenie jest nieprawdziwe, bowiem wykonawca na stronie 3 akapit 4 Metodologii odnosi się do przyjętej metody rozliczania zleceń, tj. utworzenie dedykowanego zespołu ekspertów, monitoring realizowanych zleceń, dokonywanie comiesięcznych rozliczeń z Zamawiającym. Dalej w pkt 1.2 akapit 3 został opisany proces informowania Zamawiającego o aktualnym stanie i toku realizacji zleceń, czasu przekazywania kopii dokumentów pozwalających na rozliczenie poszczególnych zleceń.

Odwołujący, podczas rozprawy przed KIO przedstawi dowody świadczące o tym, że zaproponowane przez Odwołującego (o których mowa powyżej) rozwiązanie daje możliwość sprawnego rozliczania umowy, a wykorzystywane procedury i mechanizmy nie były nigdy kwestionowane przez Zamawiającego. W okresowych kartach oceny Odwołującego

kwestie związane z rozliczalnością umów (aktualnie Kancelaria S. — jeden z konsorcjantów Odwołującego realizuje trzy umowy na świadczenie usług doradztwa pranego na rzecz trzech regionów PKP PLK S.A.) są oceniane w sposób pozytywny - co pozwala wywieść, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania czynią zadość oczekiwaniom Zamawiającego i winny stanowić podstawę do przyznana w tym zakresie dodatkowych punktów.

W ocenie Odwołującego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia istotniejszym problemem wydaje się problem wyceny zleceń aniżeli rozliczalność umowy, o czym szerzej w pkt 28 poniżej niniejszego odwołania.

W ocenie Odwołującego sporządzona przez niego Metodologia w zakresie podkryterium PM2 jest kompletna, spełnia wszystkie kryteria i założenia Zamawiającego, co powinno mieć wydźwięk w przyznanej punktacji.

W świetle powyższego wnoszę o zmianę oceny ofert w ramach PM2 w następujący sposób:

a. Przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w ramach podkryterium PM2, tj. 3 punktów, lub alternatywnie

b. Przyznanie DZP oraz JZP w ramach podkryterium PM 2 - takiej samej ilości punktów jaka została przyznana Odwołującemu, tj. 2,33 punkta.

Podkryterium PM3 - „opis zasad współpracy z zamawiającym

i z podmiotem/podmiotami zewnętrznymi wyznaczonymi przez Zamawiającego

do współpracy”

Zamawiający w ramach powyższego kryterium przyznał następującą ilość punktów:

Wykonawca	Liczba Przyznanych Punktów (Maksymalnie 3 Punkty):

W ramach trzeciego podkryterium Zamawiający wskazał, iż będzie oceniał opis zasad współpracy z Zamawiającym i z podmiotem/podmiotami zewnętrznymi wyznaczonymi przez Zamawiającego do współpracy.

Odnosząc się do „zarzutów” wskazanych w kartach oceny względem oferty Odwołującego wskazać należy, iż są one wynikiem pobieżnej, a wręcz tendencyjnej oceny sporządzonej Metodologii, a rzekome „braki”, które zostały zidentyfikowane, w rzeczywistości nie istnieją.

Wskazania bowiem wymaga, iż Zamawiający zobowiązany był - z uwagi na brak wytycznych formalnych co do tego w jaki sposób winna wyglądać struktura organizacyjna dokumentu Metodologii — zbadać dokument w sposób całościowy oraz kompleksowy. Wyrywkowa i fragmentaryczna ocena poszczególnych części Metodologii może prowadzić do niewłaściwych wniosków, że dokument nie normuje pewnego zakresu materii istotnej z punktu widzenia oceny ofert — jak miało to miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Zamawiający stwierdził, że „Wykonawca w sposób lakoniczny zwrócił uwagę na akceptację projektu pisma / wskazanie uwag przez Zamawiającego”. Odwołujący wskazuje, iż w pkt 1.7

zidentyfikował takie ryzyko jak (tajemnica przedsiębiorstwa). Opisane w ww. punktach okoliczności wiążą się z problem dostrzeżenia przez Zamawiającego błędów natury merytorycznej oraz akceptacji przesyłanych przez wykonawcę projektów pism, opinii prawnych czy innych opracowań.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pkt. w V.1. Metodologii zostało zawarte sformułowanie (tajemnica przedsiębiorstwa).

Dalej, zdaniem Zamawiającego „Wykonawca poprzestał na krótkim opisie roli ekspertów (■■■) Wykonawca nie opisał wprost i precyzyjnie zasad dostępności dla Zamawiającego". Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że odniósł się do powyższego na str. 3 akapit 4 Metodologii, pkt 1.1. strona 6 akapit 3 i 4 Metodologii, pkt. 1.2. Metodologii, pkt IV. 1 Metodologii.

W ocenie Odwołującego ww. stwierdzenie, że Metodologia jest w ww. zakresie jest niekompletna, jest nieprawdziwe. Odwołujący wskazuje, iż znaczna część dokumentu odnosi się przede wszystkim do pracy, dostępności oraz funkcjonowania personelu na potrzeby realizacji zamówienia.

Zamawiający zauważa również, że „Wykonawca nie omówił szczegółowo kwestii dotyczących współpracy z innymi kancelariami prawnymi". Odwołujący wskazuje, iż zakres metodologii wyznaczony był zakresem przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności pkt 3.4 OPZ. Z ww. informacji nie wynika czy mowa tutaj o kancelariach prawnych reprezentujących również Zamawiającego czy też inne podmioty, np. Wykonawców. Jak wynika z informacji zawartej na stronie 20 Metodologii Odwołującego - zakładana jest współpraca z organami władzy publicznej, wykonawcami oraz innymi podmiotami.

To właśnie do trzeciej grupy zaliczają się inne kancelarie zewnętrzne — na stronie 25 Metodologii zostały opisane mechanizmy współpracy w tym zakresie.

Wzmianka o konieczności współpracy „z kancelariami" pojawia się jedynie w pkt 2.5 OPZ. W świetle braku dodatkowych wymagań w tym zakresie argumenty opisane powyżej zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Zamawiającego „Wykonawca nie omówił sposobu rozliczania współpracy (Wykonawca zaznaczył jedynie konieczność właściwej oceny zleceń)." Odwołujący wskazuje, iż ww. stwierdzenie jest nieprawdziwe, bowiem wykonawca na stronie 3 akapit 4 Metodologii oraz w pkt 1.2 akapit 3 wskazał i opisał (...)- tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący pragnie zauważyć, iż jeden z konsorcjantów Odwołującego jako podmiot od lat świadczący usługę doradztwa prawnego na rzecz Zamawiającego posiada wiedzę w zakresie newralgicznych aspektów realizacji tego rodzaju zamówień mając na względzie specyfikę działania Zamawiającego oraz procesu realizacji zleceń.

Z doświadczenia konsorcjanta Odwołującego wynika, iż sposób rozliczania zleceń stanowi wyłącznie kwestię techniczną i w żaden sposób nie wpływa na jakość czy terminowość pracy ani z Zamawiającym ani też z innymi podmiotami. Podkreślić należy, iż poszczególne obowiązki oraz fazy rozliczeń wynikają z samej umowy, a uchybienia w tym zakresie nie mają istotnego, a nawet żadnego znaczenia. Do rzetelnej realizacji umowy znaczenie może mieć co najwyżej proces właściwej wyceny poszczególnych zleceń.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o zmianę oceny ofert w ramach PM3 w następujący sposób:

a. Przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w ramach podkryterium PM3, tj. 3 punktów, lub alternatywnie

b. Przyznanie DZP takiej samej ilości punktów jaka została przyznana Odwołującemu, tj. 2 punktów.

Podkryterium PM4 „analiza problemów i zagrożeń wraz z propozycją przeciwdziałania tym problemom w związku z realizacją umowy o doradztwo prawne w kontekście konstruowania i wykonywania umów dotyczących projektów infrastrukturalnych"

Zamawiający w ramach powyższego kryterium przyznał następującą ilość punktów:

Liczb Liczba Przyznanych Punktów
Wykonawca

(maksymalnie 4 Punkty):

Odwołujący
Kancelaria JZP

Kancelaria M.

Kancelaria S.

Kancelaria DZP

W ramach czwartego podkryterium oceniana była analiza problemów i zagrożeń wraz z propozycją przeciwdziałania tym problemom w związku z realizacją umowy o doradztwo prawne w kontekście konstruowania i wykonywania umów dotyczących projektów infrastrukturalnych.

Dokonując analizy kart oceny ofert należy stwierdzić, że zakres dostrzeżonych problemów oraz uchybień poczynionych przez Odwołującego, jak i konsorcjum DZP jest niemalże identyczny, powyższe jednakże kancelaria DZP otrzymała punktację aż 0 100% wyższą niż ofercie Odwołującego.

Wskazać należy, że zastrzeżenie, że Odwołujący nie dostrzegł zagrożenia związanego z zawarciem zapisów, które są niezgodne z obowiązującym prawem w kontekście okoliczności, że umowy bazowe Zamawiającego zawierają klauzule salwatoryjne wydaje się jest argumentem całkowicie bezzasadnym.

Zamawiający zdaje się całkowicie nie dostrzegać faktu, że zidentyfikowane przez Odwołującego problemy związane z umowami dotyczącymi projektów infrastrukturalnych nie mają charakteru abstrakcyjnego, jak ma to miejsce w przypadku Metodologii DZP i innych oferentów, ale odnoszą się do specyficznych dla Zamawiającego problemów, które identyfikowane są zazwyczaj dopiero na etapie realizacji umowy: takie jak kwestie kosztów komunikacji zastępczej, czy zamknięć torowych etc.

Analiza kart oceny ofert daje możliwość wywiedzenia stanowiska, że Zamawiający preferuje wykonawców, którzy podeszli do analizy problemu w sposób ogólny i blankietowy względem wykonawców, którzy skupili się na faktycznych problemach związanych z realizacją umów realizowanych przez Zamawiającego.

Odwołujący przedstawi stosowne dowody na potwierdzenie, że zidentyfikowane przez Odwołującego problemy są istotne z punktu widzenia działalności Zamawiającego i winny skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że wartość merytoryczna Metodologii w zakresie PM4 jest znaczna, a przyznana przez Zamawiającego punktacja w tym zakresie winna być odpowiednio wyższa.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując oceny ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert winien stosować jedną miarę w stosunku do wszystkich wykonawców, a zidentyfikowane nieprawidłowości powinny mieć taki sam skutek wobec każdego z oferentów. W niniejszym stanie faktycznym wobec dostrzeżonych niemalże identycznych nieprawidłowości Zamawiający dokonał odmiennej oceny, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu mniejszej liczby punktów aniżeli ofercie konsorcjum DZP.

Fakt zidentyfikowania problemów występujących w dokumentacji Zamawiającego, które są charakterystyczne głównie dla kontraktów realizowanych przez Zamawiającego, mających realny oraz faktyczny charakter, a nie jedynie formę abstrakcyjnego problemu prawnego winno skutkować przyjęciem przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego w zakresie podkryterium PM4 winna otrzymać większą liczbę punktów aniżeli jeden punkt. Dokonana przez Zamawiającego ocena ofert została dokonana poprzez preferowanie oferty wykonawcy z największa liczbą problemów niż ofercie, w której zidentyfikowano problemy o większej wartości merytorycznej. Zamawiający dokonał w sposób niepoprawny oceny „wartościującej", tj. w sposób całkowicie oderwany od jego faktycznych potrzeb oraz identyfikowanych problemów - tak zarówno w toku prowadzonych postępowań (pytania

do SIWZ, odwołania do KIO), jak i realizowanych kontaktów (roszczenia wykonawców). Dokonana przez Odwołującego analiza skupia się na rzeczywistych niedoskonałościach dokumentacji Zamawiającego (po dokonaniu weryfikacji dokumentacji bazowej zamieszczonej na stronie Zamawiającego), a nie opiera się - jak ma to miejsce w przypadku oferty DZP - na abstrakcyjnych problemach, które mogą zostać przypisane każdej umowie w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powyższego Zamawiający winien przyznać Odwołującego odpowiednio większą liczbę punktów. Odwołujący przedłoży na rozprawie dowody potwierdzające ww. okoliczności.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o zmianę oceny ofert w ramach PM4 w następujący sposób:

a. Przyznanie ofercie Odwołującego w ramach podkryterium PM4 większej liczby punktów, nie mniej jednak niż 2 punkty.

Ocena ofert w ramach kryterium „ Wartość techniczna”

Zamawiający również w ramach kryterium „Wartość techniczna” dokonał oceny oferty Odwołującego w sposób dowolny i w znacznym zakresie oderwany od kryteriów określonych w SIWZ, opierając się na wymogach nieprzewidzianych w IDW.

Zgodnie z pkt 19.16 SIWZ-IDW w ramach tego kryterium wykonawcy byli zobowiązani do sporządzenia opinii prawnej w zakresie zaproponowania postanowień klauzuli umownych dotyczących odstąpienia od umowy o roboty budowlane (przy założeniu, że umowa obejmuje również sporządzenie projekty budowlanego) z uwzględnieniem przesłanek takiego odstąpienia i zabezpieczeniu interesów Zamawiającego na każdym etapie realizacji umowy, a także przedstawieniem analogicznych klauzul odstąpienia od umowy przy założeniu, że umowa realizowana będzie na podstawie „Warunków kontraktowych na urządzenia i budowę z projektowaniem", tzw. żółty FIDIC.

W ramach kryterium „Wartość techniczna” Zamawiający w pkt 19.16 SIWZ-IDW zdecydował się na ocenę ofert w ramach poszczególnych podkryteriów. Poniżej Odwołujący odniesie się do oceny dokonanej w ramach każdego z nich w celu wykazania, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ofert jest niezgodny zarówno z SIWZ, Pzp, jak i z zasadami logicznego rozumowania.

Podkryterium WTK1- „poprawność przywołania w opinii przepisów prawa” Odnosząc się do

oceny dokonanej w ramach podkryterium poprawność przywołania w opinii przepisów prawa

zauważyć należy, że Zamawiający wskazał w SIWZ, iż będzie dokonywał oceny ofert w następujący sposób:

„Przy ocenie brane będzie pod uwagę: kompletność, niezbędność i trafność przywołania przepisów praw w odniesieniu do przedmiotu omawianego zagadnienia omawianego w opinii. ”

Zamawiający przyznał Odwołującemu w ramach ww. podkryterium, 4 punkty na 5 możliwych.

Odwołujący podkreśla, iż nie zgadza się z ww. punktacją. Zamawiający uzasadniając ocenę w tym zakresie wskazał, iż Odwołujący „nie omawia, a jedynie wymienia art. 492 k.c., który to przepis przewiduje możliwość odstąpienia od umowy wzajemnej, w sytuacji, w której możliwość taka została zastrzeżona w umowie, a jedynie wskazuje, że odstąpienie na podstawie tego przepisu jest ustawowym przypadkiem odstąpienia (w tym miejscu należy jednak zaznaczyć, iż w wielu orzeczeniach prezentowany jest pogląd, w świetle którego odstąpienie od umowy jest wykonaniem uprawnienia prawno kształtującego, realizowanego na podstawie postanowienia zawartego w umowie wzajemnej, por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2014 r., sygn. akt I CSK 392/13, opubl. Lex, wyrok SN z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt I CSK 345/13, opubl. Lex)". Z treści oceny wynika, iż Zamawiający nie jest w stanie

ocenić w jaki sposób Odwołujący rozumie wskazaną normę oraz możliwości jej zastosowania, co w rezultacie powoduje niezrozumienie „argumentacji co do przywołania danego przepisu w odniesieniu do przedmiotu zagadnienia omawianego w opinii, zwłaszcza biorąc pod uwagę opisane powyżej rozbieżności w orzecznictwie sądów”.

W tym miejscy wskazać należy, iż zgodnie z treścią opisu oceny oferty w ramach ww. podkryterium „Przy ocenie brane będzie pod uwagę: kompletność, niezbędność i trafność przywołania przepisów praw w odniesieniu do przedmiotu omawianego zagadnienia

omawianego w opinii". Zamawiający w żadnym miejscu nie określił, iż dla ww. podkryterium będzie oceniał fakt przywołania orzecznictwa dla potwierdzenia zastosowania przepisu (jak ma to miejsce na kanwie podkryterium WTK2). Powyższe jednoznacznie wskazuje na brak respektowania zasad, które Zamawiający sam określił w SIWZ. Odwołujący w sposób trafny i kompletny przywołał wszystkie niezbędne przepisy, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w SIWZ i powinien otrzymać maksymalną liczbę możliwych do uzyskania punktów.

W ofercie DZP, Zamawiający poczynił identyczne uwagi co do prezentowanego w orzecznictwie poglądu dotyczącego odstąpienia od umowy, jednakże Wykonawca ten otrzymał maksymalną ilość punków (tj. 5 punktów). W ocenie Odwołującego nie istnieją podstawy do arbitralnego przyznania punktacji, zwłaszcza, gdy skala błędu, o ile w ogóle z uwagi na argumentację wskazaną powyżej jest to błąd, jest niemal identyczna, zaś konsekwencje tego są zgoła odmienne - jeden z Wykonawców otrzymał 4 punktu, zaś drugi - 5 punktów.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o zmianę oceny ofert w ramach powyższego kryterium w następujący sposób:

a. Przyznanie ofercie Odwołującego w ramach podkryterium WTKI 5 punktów oceny ofert, lub alternatywnie

b. Przyznanie ofercie DZP takiej samej liczby punktów jak ofercie Odwołującego, tj. 4 punkty.

Podkryterium WTK2 - „poprawność przywołania w opinii orzecznictwa (np. sądów powszechnych, SN, sądów administracyjnych, KIO, TSUE), stanowiska doktryny prawa, wytycznych/komunikatów lub opinii ministrów/innych organów właściwych dla przedmiotu zagadnienia etc.)"

Odnosząc się do oceny w ramach podkryterium „Poprawność przywołania w opinii orzecznictwa (np. sądów powszechnych, SN, sądów administracyjnych, KIO, TSUE), stanowiska doktryny prawa, wytycznych/ komunikatów lub opinii ministrów/ innych organów", wskazać należy, iż Zamawiający zidentyfikował następujące problemy:

- zarówno Odwołujący, jak i Kancelaria DZP nie wskazał publikatora ani też nie złączył do oferty kopii przywołanego w treści opinii orzeczenia,

- Kancelaria DZP nie zacytowała wyroków wskazujących możliwe sposoby oznaczenia terminu w kontekście art. 395 1 k.c.,

- w zakresie dotyczącym „istnienia rozbieżności w orzecznictwie/ doktrynie Zamawiający oceniał będzie w jaki sposób Wykonawca uzasadnił przyjęcie danego stanowiska i uznał, że inne stanowisko jest niezasadne" Kancelaria DZP nie zaprezentowała w ogóle swojego stanowiska, ograniczając się w tym zakresie jedynie do wskazania rozbieżności w orzecznictwie dotyczącym wątpliwości czy przepis art. 492 k.c. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 395 k.c.

Należy dobitnie podkreślić, iż w powyższym zakresie Odwołujący przedstawił swoje stanowisko, a uchybienia w ocenie Zamawiającego dotyczą braku omówienia w wystarczający sposób rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie co do sposobu oznaczania terminu dostąpienia od umowy oraz rozważań na temat świadczenia podzielnego. Istotnym przy tym jest, iż Zamawiający nie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem „w wystarczający sposób". Uznał jednak, iż takie sformułowanie uzasadnia przyznanie mniejszej ilości punktów Odwołującemu niż Kancelarii DZP. Trudno się zgodzić z powyższym działaniem Zamawiającego. Analiza treści opinii Odwołującego i Kancelarii DZP wprost wskazuje, iż jeden z Wykonawców (Odwołujący) przedstawił swoje stanowisko, a drugi (Kancelaria DZP) nie.

Istotą sporządzania opinii prawnych jest właśnie prezentacja stanowiska opiniującego z uwzględnieniem stanu faktycznego i prawnego. Opinia nie powinna stanowić opracowania niemal książkowego, lecz wskazywać na stan prawny, a w nim także odmienne poglądy czy stanowiska w zakresie konkretnego zagadnienia. Celem opinii jest nakreślenie wytycznych do podjęcia przez zlecającego jej sporządzenie, konkretnej decyzji. Opinia ma na celu przede wszystkim zabezpieczenie interesów Klienta z uwzględnieniem wszelkich możliwych ryzyk.

W tym świetle przyznanie Kancelarii DZP większej ilości punktów niż Odwołującemu a sporządzenie opinii niezawierającej prezentacji stanowiska opiniującego, co do preferowanych rozwiązań, jest co najmniej, nieracjonalnym działaniem Zamawianego. Tak subiektywna ocena ma doniosłe skutki prawne, bowiem w rezultacie większą ilość punktów przyznano Wykonawcy, który sporządzając opinię popełnił istotne błędy

merytoryczne (brak swojego stanowiska).

Co więcej, Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wprowadził obowiązku wskazania w treści opinii publikatorów orzeczeń, a zatem czynienie zarzutu w tym zakresie jest bezpodstawne i świadczy o dokonaniu oceny w oderwaniu od postanowień SIWZ. Stanowczego podkreślenia wymaga, że Odwołujący każdorazowo w przypadku powoływania się na treść danego orzeczenia wskazywał jego datę wydania i sygnaturę akt, co z łatwością umożliwia znalezienie danego wyroku za pomocą programów typu Lex lub wyszukania danego orzeczenia za pomocą portali orzeczeń sądów powszechnych, czy też najpopularniejszych ogólnodostępnych wyszukiwarek (np. Google). Mając na uwadze ww. okoliczności, zarzut

Zamawiającego w tym zakresie może być potraktowany jedynie jako zastrzeżenie o charakterze technicznym, które nie powinno mieć wpływu na ocenę merytoryczną w ramach omawianego podkryterium i przydzielaną punktację.

Niezależnie od ww. kwestii, nie sposób zgodzić się z oceną Zamawiającego, iż w opinii Odwołującego brak jest wskazania rozbieżności odnośnie sposobu oznaczenia terminu odstąpienia. Na stronach (tajemnica przedsiębiorstwa) Z powyższego jednoznacznie wynika, że Odwołujący zwrócił uwagę na rozbieżność w zakresie sposobu oznaczenia terminu odstąpienia i wskazał na wyrok Sądu Najwyższego (tajemnica przedsiębiorstwa), który zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego rozstrzyga wskazane rozbieżności.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o zmianę oceny ofert w ramach powyższego kryterium w następujący sposób:

a. Przyznanie ofercie Odwołującego w ramach podkryterium WTK2 7 punktów oceny ofert, lub alternatywnie

b. Przyznanie ofercie Odwołującego w ramach podkryterium WTK2 6,67 punktów oceny ofert, lub/i

c. Przyznanie ofercie DZP takiej samej liczby punktów jak ofercie Odwołującego, tj. 6 punktów.

Podkryterium WTK3 - „Adekwatność zaproponowanych w opinii prawnej rozwiązań w zakresie określonych postanowień umownych lub przyjętych rozwiązań prawnych "

Odnosząc się do oceny dokonanej w ramach podkryterium: adekwatność zaproponowanych w opinii prawnej rozwiązań w zakresie określonych postanowień umownych lub przyjętych rozwiązań prawnych Zamawiający przyznając punkty poszczególnym Wykonawcom nie traktował ich w równy sposób.

Odnosząc się do oceny oferty Odwołującego zawartej w karcie oceny w zakresie „Dokładność przyjętych rozwiązań" wskazać należy, iż przyjęte uchybienia mają charakter natury formalnej, technicznej i nie wpływają na wartość oceny merytorycznej sporządzonej opinii.
W szczególności za błędy w zakresie „Dokładności przyjętych rozwiązań" nie sposób uznać dwukrotnego zacytowania wyroku (...)- tajemnica przedsiębiorstwa .

Zamawiający przy ocenie „Dokładności przyjętych rozwiązań" w przypadku oferty Kancelarii DZP wskazał na uchybienie natury merytorycznej, jednak powyższe nie stało na przeszkodzie, aby przyznać temu wykonawcy prawie maksymalną liczbę punktów w ramach przedmiotowego podkryterium. W sytuacji, gdy Zamawiający sformułował zarzuty w odniesieniu do opinii Konsorcjum DZP, nie powinien przyznać w tym podkryterium prawie maksymalnej liczby punktów. Świadczy to bowiem o dokonaniu dowolnej oceny ofert i wyraźnym preferowaniu Konsorcjum DZP.

Podkreślić należy, iż zakres zastrzeżeń i ocena w przypadku oferty Odwołującego oraz oferty konsorcjum DZP są niemalże identyczne, to liczba punktów przyznanych przez Zamawiającego jest różna, co w konsekwencji przekłada się na wynik postępowania.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego uważa sporządzoną przez Konsorcjum DZP opinię za jednoznaczną, spójną a rozwiązania za adekwatne. Brak szczegółowego uzasadnienia w tym zakresie uniemożliwia weryfikację i odtworzenie sposobu rozumowania członków komisji przetargowej, którzy zajęli to stanowisko.

Reasumując należy wskazać, iż ocena ofert dokonana przez Zamawiającego obarczona jest wadą z dwóch powodów. Po pierwsze, brak ocen cząstkowych poszczególnych członków komisji uniemożliwia weryfikację poprawności dokonanej oceny zarówno na gruncie merytorycznym, jak i arytmetycznym, a brak ten stanowi jednocześnie uchybienie sposobowi oceny ofert określonemu przez samego Zamawiającego w SIWZ. Po drugie, liczba punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach w powiązaniu z uzasadnieniem ich przyznania, świadczy o przyznawaniu punktów w sposób arbitralny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o zmianę oceny ofert w ramach powyższego kryterium w następujący sposób:

a. Przyznanie ofercie Odwołującego w ramach podkryterium WTK3 13,67 punktów oceny ofert, lub alternatywnie

b. Przyznanie ofercie DZP takiej samej liczby punktów jak ofercie Odwołującego, tj.12 punktów.

Mając na względzie, w ocenie Odwołującego powyższe nie powinno budzić wątpliwości, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dnia 10 lipca 2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) D., Z., P. Spółka Komandytowa (pełnomocnik) oraz (2) D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. Konsulting Group (adres dla pełnomocnika ulica Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa).

Dnia 12 lipca 2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego wykonawca Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. S. & T. Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Poznaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożonych na piśmie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lipca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2019 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z akt postępowań toczących się pod sygnaturami KIO 2587/17, KIO 2710/17 oraz KIO 1256/18 wskazując na brak związku z odwołaniem.

Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpień nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopie przystąpień zostały przekazane Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie z dnia 22 lipca 2019 r., pisma procesowe

Przystępującego DZP z 22 lipca 2019 r. i 31 lipca 2019 r., pismo procesowe Odwołującego z dnia 14 sierpnia 2019 r. a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się zarzutów stawianych przez Odwołującego w zakresie dokonania oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia" i „Wartość techniczna", w sposób niezgodny z przyjętym w pkt 19.15 i 19.16 SIWZ trybem i sposobem oceny ofert, a także poprzez niedopuszczalną po upływie terminu składania ofert zmianę zasad dokonywania oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości.

Konstrukcja przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert i sposób przyznawania w ramach nich punktów przez wyznaczonych członków komisji przetargowej wskazuje na to, że są to kryteria jakościowe, o charakterze ocennym i subiektywnym. Nie oznacza to jednak, że mogą być one stosowane w oderwaniu od obowiązujących przepisów i zasad ich stosowania określonych przez Zamawiającego w SIWZ, z pominięciem informacji znajdujących się w ocenianej ofercie lub przyznawaniem punktów za treści, których w ofercie nie było.

W treści SIWZ (punk 19.15 i 19.16) Zamawiający wskazał na konkretne elementy, które będą podlegały ocenie i punktacji w ramach kryteriów „Metodologia" i „Wartość techniczna" ustalając zasady oceny. Zdaniem Izby, przy dokonaniu oceny ofert, zasady te zostały zmienione i rozszerzone poza zakres określony w SIWZ, co potwierdza słuszność stawianego zarzutu.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył wartościującą metodę oceny ofert w kryterium „Metodologia". Z odpowiedzi na pytanie nr 28, odnoszące się do kryterium „Wartość techniczna", poprzez analogiczny opis sposobu dokonania oceny w ramach obu kryteriów Odwołujący wywiódł, że wartościującą metodę oceny ofert Zamawiający winien zastosować również do oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia", czego według Odwołującego nie uczynił, bowiem dokonał oceny ofert w oparciu o metodę porównawczą.

Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Odwołującego i wskazuje że z żadnego zapisu SIWZ nie wynika wymóg stosowania metody wartościującej w kryterium „Metodologia", natomiast odpowiedź na pytanie nr 28 odnosiła się do kryterium „Wartość techniczna".

Jednakże wskazać należy, że analiza kart oceny ofert nie pozwala stwierdzić jaką metodę oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia" zastosował Zamawiający. Ponadto, podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, że metodę wartościującą stosował jedynie do kryterium „Wartość techniczna", zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 28, gdy tymczasem w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lipca 2019r. na str. 13 (dotyczącej podkryterium MP3) oświadczył, że „Dokonane czynności mieszczą się zatem w dokonaniu oceny metodą wartościującą, sprowadzającą się do odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim stopniu przedstawione opracowanie spełnia wymogi określone w SIWZ''

Zamawiający składa sprzeczne oświadczenia - podczas rozprawy zaprzecza, że stosował metodę wartościującą w zakresie powyższego kryterium, w odpowiedzi na odwołanie potwierdza jej stosowanie.

Powyższe wskazuje na brak przejrzystych zasad w sposobie oceny ofert, brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego, a także świadczy o braku jednej miary stosowanej do oceny wszystkich ofert.

Odnosząc się do oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia" podkryterium 1 (dalej:PM1) Zamawiający dokonywał oceny opracowanej przez wykonawców Metodologii, pod kątem analizy przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją w tym sposobu komunikacji i wymiany danych.

Jak wynika z kart oceny ofert, w ramach tego podkryterium Odwołujący zidentyfikował 10 problemów i zagrożeń (ryzyk) zawartych w rozdziale zatytułowanym: „Analiza przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją w tym sposobu komunikacji i wymiany danych" lecz według Zamawiającego nie zidentyfikował istotnego ryzyka tj. „konfliktu interesów", co w konsekwencji skutkowało nieprzyznaniem maksymalnej liczby punktów. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że ryzyko to zostało

zasygnalizowane w innym rozdziale, jednak z uwagi na podział struktury tekstu poprzez wyodrębnienie punktów/rozdziałów Odwołujący powinien sporządzić opracowanie w konsekwentny sposób zapewniający czytelność i przejrzystość. Ponadto, na rozprawie stwierdził, że skoro ryzyko to nie zostało ujęte w powyższym rozdziale, to nie podlegało ocenie. Podkreślenia wymaga, że ryzyko konfliktu interesów zostało przez Odwołującego wskazane na str. 23-25 Metodologii, co zresztą dostrzegł sam Zamawiający wskazując, iż „wykonawca jedynie zasygnalizował...".

Zestawiając powyższe, z oceną Metodologii Przystępującego DZP wskazać należy, że w jej treści ryzyko „konfliktu interesów" nie zostało zidentyfikowane w ogóle, co również skutkowało nieprzyznaniem maksymalnej liczby punktów. Jednakże w uzasadnieniu w ramach podkryterium PM1 Zamawiający wskazał, że ocenił najważniejsze z opisanych w Metodologii problemów i zagrożeń dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia, w oparciu o dotychczasowe doświadczenia w korzystaniu z obsługi prawnej. Zamawiający zidentyfikował i ocenił 14 zagadnień (ryzyk), jednakże w ocenie Izby, analiza Metodologii Przystępującego DZP wskazuje na brak ich konkretnego wyodrębnienia, nazwania czy identyfikacji w treści rozdziału zatytułowanego: „Analiza przedmiotu zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją w tym sposobu komunikacji i wymiany danych." Ryzyka te zidentyfikował Zamawiający za Przystępującego DZP wyprowadzając je z różnych miejsc Metodologii, sam je nazwał nadinterpretując treść Metodologii.

Zamawiający przyznał Odwołującemu punkty w oparciu o ryzyka zidentyfikowane wyłącznie w jednym rozdziale (chociaż dostrzegł zidentyfikowanie w innym miejscu metodologii ryzyka konfliktu interesów), a Przystępującemu DZP przyznał punkty w oparciu o całą treść Metodologii, choć również jak Metodologia Odwołującego została ona podzielona na rozdziały i punkty. Okoliczność podziału struktury tekstu na rozdziały i punkty nie stanowiła dla Zamawiającego przeszkody, aby ocenić i punktować ryzyka wskazane w innym miejscu Metodologii Przystępującego DZP, pomimo że Odwołującemu w karcie oceny zarzucono z tego względu nieczytelność i nieprzejrzystość i wytknięto to jako uchybienie.

Powyższe działanie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności wobec stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie (str. 11): „Co więcej, należy podkreślić, iż Odwołujący wskazał na potencjalność wystąpienia konfliktu interesów w innej części sporządzonego opracowania, aniżeli w tej, w której winna była zgodnie z wewnętrznym podziałem dokumentu się pojawić. W tym miejscu należy przytoczyć wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2017 r.; sygn. akt KIO 1192/ 17, w którym Izba w sprawie o podobnym stanie faktycznym, wskazała na związanie wewnętrzną strukturą opracowań składanych w celu uzyskania punktacji w jakościowych kryteriach oceny ofert: Zamawiający nie ma się domyślać powiązań pomiędzy poszczególnymi elementami opisanymi w różnych miejscach koncepcji, a zadaniem wykonawców jest wyczerpujące, rozległe, szczegółowe, przejrzyste, spójne, zrozumiałe, wykazujące dogłębną analizę i znajomość zagadnień przedstawienie opisu elementu oceny, co oznacza, iż Zamawiający powinien mieć możliwość dokonania samodzielnie oceny opracowań, bez wyjaśniania ich treści z wykonawcami." Skoro zatem Odwołujący zasygnalizował na możliwość wystąpienia interesów i lakonicznie go opisał jedynie na marginesie w części Metodologii poświęconej innemu podkryterium, nie sposób uznać to za oczekiwane przez Zamawiającego kompleksowe dostrzeżenie ryzyka oraz wyczerpujący opis sposobu jego obsłużenia. Tak jak z wyżej przytoczonego wyroku, Zamawiający nie powinien się domyślać, co miał na myśli, lecz otrzymać opracowanie sporządzone w sposób profesjonalny, w tym zachowujące określony kształt, w tym również narzucony przez samego wykonawcę".

\N ocenie Izby czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w podkryterium PM1 świadczą o zastosowaniu nierównej miary i braku konsekwencji w ocenie oferty Odwołującego i Przystępującego DZP. Zamawiający nie może w odmienny sposób, w oparciu o inne zasady dokonywać oceny ofert. Albo ocenia w ramach danego podkryterium treść zawartą wyłącznie we wskazanym rozdziale i przyznaje punkty w oparciu o treść w nim zawartą, albo ocenia całość opracowania, z uwzględnieniem ryzyk wskazanych w innych rozdziałach jednakże przyjętą, jednakową zasadę winien zastosować w odniesieniu do wszystkich ocenianych ofert.

Analiza oceny ofert w ramach podkryterium PM1 wskazuje, że Zamawiający ocenił i punktował ryzyka wskazane w ofercie Odwołującego w oparciu o treść zawartą wyłącznie w jednym rozdziale, gdy tymczasem w ofercie Przystępującego DZP ocenił ryzyka zawarte w różnych miejscach (rozdziałach) Metodologii, zidentyfikowane i nazwane przez Zamawiającego.

Powyższe potwierdza że ocena oferty Odwołującego i Przystępującego DZP została dokonana z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia działanie Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych

czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

Ocena działania Zamawiającego nie może być utożsamiana z wykonywaniem czynności za Zamawiającego polegających np. na ustaleniu istotności lub jego braku w ryzykach zidentyfikowanych przez wykonawców, czy przyznaniu im odpowiedniej liczby punktów. Ocena znaczenia, rangi ryzyk wskazanych przez wykonawców należy do Zamawiającego, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek dokonania oceny i wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena, czy czynności te zostały dokonane zgodnie z prawem zamówień publicznych.

Wobec powyższego, Izba nie dokonała oceny znaczenia ryzyk zidentyfikowanych lub niezidentyfikowanych w ofertach wykonawców a także nie odniosła się do dowodów składanych przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego DZP na potwierdzenie lub zaprzeczenie istotności ryzyka wyceny zleceń, rozliczalności zleceń, konfliktu interesów i braku znajomości praktyk Zamawiającego, wskazując iż pozostają one bez wpływu na rozstrzygnięcie odwołania.

W ramach podkryterium 2 (dalej PM2) Zamawiający oceniał propozycje rozwiązań wskazanych problemów wraz z propozycjami zastosowania nowych technologii i rozwiązań do współpracy z Zamawiającym.

Przystępujący DZP w ramach tego podkryterium uzyskał maksymalną ilość punktów (tj. 3 pkt), a Odwołującemu obniżono punkty (2,33 pkt) ponieważ nie wskazał:

- jak rozwiąże konflikt interesów (poza stwierdzeniem, iż nie wykona zlecenia),

nie przeanalizował dogłębnie problemu prawidłowej rozliczalności zleceń, skupił się jedynie na etapie szacowania zlecenia.

Porównując uzasadnienie dla przyznanej punktacji, Zamawiający w karcie oceny Przystępującego DZP wskazał, że w konsekwencji tego, iż Wykonawca nie zidentyfikował konfliktu interesów, który może wystąpić w czasie realizacji przedmiotu zamówienia w opisie podkryterium 2 zabrakło propozycji rozwiązania dla tego problemu. Jednocześnie mając na uwadze mechanizm przyznawania punktów określony w SiWZ (możliwość przyznania jedynie pełnych punktów przez poszczególnych członków komisji) Zamawiający zdecydował się przyznać 3 pkt. W innym przypadku dochodziłoby do multiplikacji błędów - brak identyfikacji ryzyka w podkryterium 1) skutkowałoby koniecznością automatycznego obniżenia punktacji w podkryterium 2) podczas gdy w treści SIWZ wskazano, że w niniejszym punkcie opracowanie powinno zawierać „propozycje rozwiązań wskazanych problemów".

Analiza kart oceny ofert obu wykonawców wskazuje, że brak identyfikacji ryzyka konfliktu interesów a tym samym brak jego opisu skutkuje przyznaniem większej ilości punktów (dla Przystępującego DZP maksymalnej tj. 3 pkt), podczas gdy identyfikacja ryzyka, ale brak opisu jego rozwiązania skutkuje przyznaniem mniejszej ilości punktów (Odwołujący 2,33 pkt). Takie działanie prowadzi do wniosku, że Zamawiający wyżej ocenia ofertę, w której nie odniesiono się w ogóle do danego zagadnienia, niż ofertę, w której wykonawca opisuje problem, ale w ocenie Zamawiającego w sposób niewystarczający.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego, wskazując na brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego oraz stosowaniu nierównej miary w ocenie ofert obu wykonawców. Uzasadnienie przedstawione w kartach oceny wskazuje, iż Odwołującemu dwukrotnie odjęto punkty w odniesieniu do tej samej okoliczności tj. braku wskazania i opisu konfliktu interesów. Sytuacja gdy Przystępującemu DZP odjęto punkty w podkryterium PM1 za brak identyfikacji ryzyka konfliktu interesów, a przyznano maksymalną ilość punktów w podkryterium PM2, wskazując że punktowano ryzyka zidentyfikowane w podkryterium PM1, a Odwołującemu odjęto punkty za to samo w obu kryteriach, (pomimo identyfikacji ryzyka i fragmentarycznego opisu) stanowi potwierdzenie zarzutu Odwołującego, dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i pozostaje w sprzeczności z zapisami SIWZ, na które powoływał się Zamawiający, przyznając punkty Przystępującemu DZP. Powyższe, stanowi kolejne potwierdzenie braku konsekwencji w działaniu Zamawiającego.

Zamawiający raz wskazuje, że Odwołujący nie zidentyfikował ryzyka konfliktu interesów, za co nie otrzymał punktów w podkryterium PM1, po czym przy ocenienie w podkryterium PM2 odejmuje Odwołującemu punkty, uzasadniając że problem konfliktu interesów został ujęty ale lakonicznie opisany, zwłaszcza w odniesieniu do ilości miejsca poświęconego na opisanie innych ryzyk. Jeżeli Zamawiający uznał, że konflikt interesów nie został zidentyfikowany przez Odwołującego to nie powinien był w PM2 wskazywać na tym tle uchybień, analogicznie

jak w przypadku oferty DZP. Natomiast jeżeli uznał, że konflikt interesów został jednak zidentyfikowany, jednakże jego sposób rozwiązania uznał za lakoniczny, to nie powinien był karać Odwołującego w PM1. Wskazać należy, iż obszerność opisu innych ryzyk nie może stanowić punktu odniesienia do oceny danego ryzyka i pominięcia w punktacji treści zawartej w ofercie, uzasadniając powyższe lakonicznością opisu ryzyka.

Odnosząc się do braku w Metodologii Odwołującego dogłębnego przeanalizowania problemu „prawidłowej rozliczalności" zleceń, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego. Nie można pominąć w opisie Metodologii Odwołującego treści zawartej na str. 3 akapit 4 i w pkt. 1.2. akapit 3 na str. 7 odnoszącej się do zasad rozliczania zleceń. Ponadto, w zestawieniu z opisem prawidłowej rozliczalności w Metodologii Przystępującego DZP, trudno zgodzić się z Zamawiającym, że Przystępujący DZP wyodrębnił ryzyko „prawidłowej rozliczalności". Wbrew treści uzasadnienia i stanowisku na rozprawie Metodologia ta nie zawiera identyfikacji takiego ryzyka ani sposobu jego rozwiązania. Odwołanie się przez Zamawiającego do stosowania przejrzystych metod ewidencjonowania czasu pracy prawników wraz z opisem wykonywanych przez nich zadań i dat wykonania, nie można uznać ani za zidentyfikowanie ryzyka „prawidłowej rozliczalności". Tym bardziej, w świetle wyjaśnień Zamawiającego na rozprawie, oraz uzasadnienia dla istotności tego ryzyka, w ocenie Izby powyższe nie pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący DZP zidentyfikował przedmiotowe ryzyko, nie mówiąc już o przedstawieniu propozycji rozwiązania problemów powstałych na tym tle. Stwierdzić należy, że to Zamawiający dokonał identyfikacji ww. ryzyka, poprzez wyinterpretowanie go z treści Metodologii Przystępującego DZP. Potwierdza to również stanowisko Przystępującego DZP wyrażone w piśmie procesowym z 31 lipca 2019r. pkt 3.6. str. 10, gdzie wskazano: na marginesie sformułowanie „rozliczalność zleceń" zostało użyte wyłącznie przez Zamawiającego w karcie oceny. Nie zostało ono użyte w treści Metodologii Przystępującego. W zakresie tego pojęcia mieści się wskazana przez Przystępującego przejrzysta metoda ewidencjonowania czasu pracy prawników i opisywanie zrealizowanych zleceń. Metoda ta umożliwi właściwą kontrolę przez Zamawiającego realizacji usług oraz ich faktycznego kosztu.

Ponadto, w kontekście powyższego wskazać należy, że opis Odwołującego zawarty na str. 3 akapit 4 i w pkt. 1.2. akapit 3 na str. 7 Metodologii stanowi dokładniejsze i szersze odniesienie się do zagadnienia rozliczalności zleceń niż treść zawarta w pkt 2.5.3 Metodologii Przystępującego DZP co winno znaleźć odzwierciedlenie w punktacji.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego w tym zakresie było nieprawidłowe.

Odejmowanie punktów Odwołującemu za brak propozycji rozwiązań ww. ryzyk, a przyznanie maksymalnej ilości punktów Przystępującemu DZP za rozwiązanie ryzyka, którego nie zawarł on w Metodologii, należy uznać za przejaw nierównego traktowania wykonawców.

Ponadto, czytając literalnie treść podkryterium MP2, to punkty winny być przyznane w wyniku oceny propozycji wskazanych rozwiązań. W sytuacji, w której ryzyko za Przystępującego DZP zidentyfikował Zamawiający, wyprowadzając je z innych części Metodologii, trudno uznać prawidłowość przyznanej, maksymalnej ilości punktów.

Odnosząc się do podkryterium 3 (dalej: PM3) dotyczącego opisu zasad współpracy z zamawiającym i z podmiotem/podmiotami zewnętrznymi wyznaczonymi przez Zamawiającego do współpracy, Zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów (3 pkt) Przystępującemu DZP, natomiast Odwołującemu przyznał 2 pkt.

W uzasadnieniu, Zamawiający w odniesieniu do Metodologii Odwołującego zarzucił brak szczegółowego omówienia kwestii dotyczących:

- współpracy z innymi kancelariami prawnymi (wskazał jedynie, iż istnieje przy realizacji zamówienia konieczność współpracy z tzw. innymi podmiotami, do których w szczególności zaliczył innych zamawiających, pomimo, że z pozostałej części opisu Metodologii wynika, że Wykonawca jest świadomy faktu wielości kancelarii prawnych obsługujących Zamawiającego)

- sposobu rozliczania współpracy (Wykonawca zaznaczył jedynie konieczność właściwej wyceny zleceń).

Ponadto wskazał, że Wykonawca w sposób lakoniczny zwrócił uwagę na kwestię związane z akceptacją projektu pisma / wskazanie uwag przez Zamawiającego. Wykonawca poprzestał na krótkim opisie roli ekspertów, np. wskazał, iż na etapie przygotowawczym ekspert przystąpi do analizy przekazanych materiałów, jednakże nie opisał wprost i precyzyjnie zasad dostępności ekspertów dla Zamawiającego poprzestając na ogólnych wskazaniu informacji

o dostępności personelu. Wobec powyższego Odwołujący nie otrzymał maksymalnej liczby punktów.

W odniesieniu do stwierdzonych u Odwołującego braków i uchybień, Zamawiający w karcie oceny oferty Przystępującego DZP wskazał, że Przystępujący DZP:

- położył nacisk na prawidłową rozliczalność współpracy,
- uwzględnił spotkania z innymi Kancelariami obsługującymi Zamawiającego,
- określił zasady dostępności ekspertów wykonawcy dla pracowników Zamawiającego.

Odwołujący, w rozdziale V na str. 19-25 Metodologii dokonał opisu zasad współpracy z Zamawiającym i innymi podmiotami zewnętrznymi wyznaczonymi do współpracy z Zamawiającym. Dokonał ich podziału na trzy grupy, tj.: organy władzy publicznej, wykonawców inwestycji realizowanych przez Zamawiającego oraz inne podmioty, wskazując przykładowo innych Zamawiających czy spółki Zamawiającego. Dokonał omówienia zasad współpracy z każdą z powyższych grup oraz zasady te przedstawił w postaci opisowej oraz graficznej.

Literalna wykładnia treści opisu w podkryterium PM3 wskazuje, że odnosił się do opisu zasad współpracy z innymi podmiotami zewnętrznymi wyznaczonymi przez Zamawiającego, a nie do konieczności identyfikacji takich podmiotów. Odwołujący pogrupował podmioty zewnętrzne pod kątem zasad współpracy i opisał modele współpracy dla każdej z grup.

Zatem, skoro nie było wymogu identyfikacji podmiotów współpracujących z Zamawiającym, to Zamawiający nie powinien traktować jako błędu, braku odrębnego opisu zasad współpracy w odniesieniu do konkretnych podmiotów. Ponadto, w ocenie Izby do grupy „Inne podmioty" można zaliczyć Kancelarie współpracujące z Zamawiającym.

Ponadto, podkreślenia wymaga, że w ramach powyższego podkryterium, Zamawiający dokonał przyznania punktów w sposób subiektywny, naruszający zasady udzielania zamówień publicznych oraz zasady określone w SIWZ. Nie przyznał Odwołującemu punktów za brak szczegółowego omówienia współpracy z innymi Kancelariami, podczas gdy Przystępujący DZP również szczegółowo nie dokonał takiego omówienia a jedynie o nim wzmiankował. Ponadto przywołany w punkt 2.32 pisma procesowego z dnia 22 lipca 2019 r., punkt 3.2.2 Metodologii nie wymienia wśród podmiotów tam wskazanych kancelarii prawnych obsługujących Zamawiającego.

Zdaniem Izby, nie sposób także zgodzić się z uzasadnieniem Zamawiającego, z którego wynika, że Przystępujący DZP położył nacisk na prawidłową rozliczalność współpracy, bowiem taka ocena nie znajduje potwierdzenia w treści Metodologii. Treść punktu 2.5.3 nie może stanowić uzasadnienia dla oceny, że jest to położenie nacisku na prawidłową rozliczalność.

W tym miejscu Izba w całości odwołuje się argumentacji przywołanej w podkryterium PM2 dla omówienia ryzyka „prawidłowej rozliczalności".

Z powyższego wynika, że ocena dokonana przez Zamawiającego jest niespójna, brak jest w niej konsekwencji. Oceniając Metodologię Odwołującego, pomija zapisy zawarte na str. 3 akapit 4 i w pkt.1.2. akapit 3 na str. 7 odnoszące się do rozliczalności, natomiast Przystępującemu DZP wzmiankowaną informację w tym zakresie ocenia jako położenie nacisku na prawidłową rozliczalność współpracy.

Ponadto, wskazać należy, iż Zamawiający ponownie dokonał multiplikacji błędów, bowiem - jak wskazał w uzasadnieniu - Odwołujący nie omówił szczegółowo sposobu rozliczenia współpracy, co stanowiło m.in. uzasadnienie braku przyznania maksymalnej liczby punktów. Za brak omówienia prawidłowej rozliczalności, Odwołującemu odjęto punkty w podkryterium PM2, zatem negatywnie oceniono ten sam brak w dwóch kategoriach.

Odnosząc się do uwag Zamawiającego, dotyczących lakonicznego zwrócenia uwagi na kwestie związane z akceptacją projektu pisma/wskazanie uwag przez Zamawiającego oraz poprzestaniu przez Odwołującego na krótkim opisie roli ekspertów, wskazać należy, że w treści odwołania Odwołujący przywołał konkretne fragmenty Metodologii z podaniem numerów stron i punktów, w których odniósł się do ww. kwestii, jednakże Zamawiający nie wyjaśnił, czym uzasadnia swoją ocenę co do lakonicznego czy niepełnego, niekompletnego opisu, nie przedstawił także żadnych kontrargumentów wobec stanowiska Odwołującego.

Reasumując, Zamawiający stosuje różne i nieprzejrzyste miary oceniając oferty

wykonawców, czym narusza zasady udzielania zamówień publicznych.

W zakresie podkryterium 4 (dalej: PM4) Zamawiający dokonywał oceny analizy problemów i zagrożeń wraz z propozycją przeciwdziałania tym problemom w związku z realizacją umowy o doradztwo prawne w kontekście konstruowania i wykonywania umów dotyczących projektów infrastrukturalnych.

W ramach powyższego kryterium Odwołujący otrzymał 1 pkt, a Przystępujący DZP 2 pkt. Z karty oceny ofert wynika, że Odwołujący zidentyfikował mniej ryzyk niż Przystępujący DZP związanych bezpośrednio ze sporządzaniem lub uzgadnianiem umów. Oprócz tych ryzyk, których brak zidentyfikowania zarzucono także Przystępującemu DZP, Odwołujący nie dostrzegł ryzyk i problemów dotyczących:

- zawierania w treści projektów umów postanowień które są niezgodne z obowiązującym prawem,
- stosowania niejasnych (niejednoznacznych) postanowień umownych.

Odwołujący podniósł, że zakres dostrzeżonych przez Odwołującego i Przystępującego DZP problemów jest niemalże identyczny, jednakże Przystępujący DZP otrzymał punktację o 100% większą niż Odwołujący. Ponadto wskazał na abstrakcyjność problemów wskazanych przez Przystępującego DZP, w porównaniu z wykazanymi w swojej Metodologii problemami realnymi, odnoszącymi się do specyfiki Zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że Zamawiający preferuje wykonawców, którzy podeszli do analizy problemu w sposób ogólny i blankietowy, względem wykonawców, którzy wykazali faktyczne problemy związane z realizacją umów infrastrukturalnych, właściwych dla specyfiki Zamawiającego.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że problemy i zagrożenia których nie zidentyfikował Odwołujący są niezasadnie i abstrakcyjne. Pomimo, że mają one ogólny charakter i mogą ziścić się przy każdej umowie zawieranej przez podmiot publiczny, nie uchybia to w żaden sposób ich istotności, czy zasadności. Ponadto Odwołujący nie odniósł się szerzej merytorycznie do tych konkretnych dwóch aspektów w odwołaniu i w związku z tym nie wykazał zasadności zarzutów.

W zakresie kryterium „Wartość Techniczna" Zamawiający wyodrębnił trzy podkryteria, w ramach których oceniał:

1. poprawność przywołania w opinii przepisów prawa - maksymalna ilość punktów- 5.
2. poprawność przywołania w opinii orzecznictwa (np. sądów powszechnych, SN, sądów administracyjnych, KIO, TSUE), stanowiska doktryny prawa, wytycznych/ komunikatów lub opinii ministrów/innych organów - maksymalna ilość punktów -7,
3. Adekwatność zaproponowanych w opinii prawnej rozwiązań w zakresie określonych postanowień umownych lub przyjętych rozwiązań - maksymalna ilość punktów -15.

W ramach podkryterium 1 (dalej: WTK1) Zamawiający dokonywał oceny w kategoriach:

1) Kompletność przywołania przepisów prawa w odniesieniu do przedmiotu zagadnienia omawianego w opinii, gdzie Zamawiający wskazał, że Odwołujący:

- prawidłowo wskazuje, że podstawowym przepisem odnoszącym się do umownego prawa odstąpienia jest art. 395 Kodeksu cywilnego (k.c.), oraz że brak oznaczenia terminu powoduje, że zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne,
- nie omawia, a jedynie wymienia art. 492 k.c., który to przepis przewiduje możliwość odstąpienia od umowy wzajemnej, w sytuacji, w której możliwość taka została zastrzeżona w umowie a jedynie wskazuje, że odstąpienie na podstawie tego przepisu jest ustawowym przypadkiem odstąpienia (w tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że w wielu orzeczeniach prezentowany jest pogląd w świetle którego, odstąpienie od umowy jest wykonaniem uprawnienia prawno kształtującego, realizowanego na podstawie postanowienia zawartego w umowie wzajemnej, por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2014 r., sygn. akt I CSK 392/13, opubl. Lex, wyrok SN z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt I CSK 345/13, opubl. Lex). Brak omówienia przez Wykonawcę art. 492 k.c. w sposób analogiczny co art. 395 k.c. nie pozwala na ocenę

przez Zamawiającego w jaki sposób Wykonawca rozumie wskazaną normę oraz możliwości jej zastosowania w praktyce obrotu prawnego. W konsekwencji nie pozwala na zrozumienie argumentacji Wykonawcy co do przywołania danego przepisu w odniesieniu do przedmiotu zagadnienia omawianego w opinii, zwłaszcza biorąc pod uwagę opisane powyżej rozbieżności w orzecznictwie sądów.

W pozostałych kategoriach tj.:

2) niezbędność przywołania przepisów prawa w odniesieniu do przedmiotu zagadnienia omawianego w opinii,

3) trafność przywołania przepisów praw w odniesieniu do przedmiotu zagadnienia omawianego w opinii

Zamawiający nie miał zastrzeżeń do opinii prawnej sporządzonej przez Odwołującego.

Odwołujący w ramach tego podkryterium otrzymał 4 punkty. Z przywołanego uzasadnienia dla punktacji, jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie przyznał maksymalnej liczby punktów, z uwagi na brak omówienia art. 492 k.c. w sposób analogiczny jak art. 395 k.c.

Izba wskazuje, że literalna wykładnia treści ww. podkryterium, nie nakłada na wykonawców obowiązku omówienia przywołanych przepisów. Zamawiający określił, że będzie oceniał poprawność przywołania przepisów poprzez ich kompletność, niezbędność i trafność w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, nie stawiając szczegółowych wymogów w zakresie ich omówienia.

Odwołujący poprawnie przywołał przepisy w opinii prawnej i wyłącznie ta okoliczność winna podlegać ocenie Zamawiającego, zgodnie z zasadami określonymi w treści SIWZ. Ponadto, okoliczność, że Odwołujący omówił art. 395 k.c. a Przystępujący DZP art. 395 k.c. i 492 k.c. nie powinna mieć negatywnego wpływu na ocenę poprawności przywołania innych przepisów, nie może stanowić punktu odniesienia do oceny. Takie działanie Zamawiającego może wskazywać, że w miejsce metody wartościującej, która w ramach tego kryterium miała być stosowana, Zamawiający stosował inne metody oceny, porównując wzajemnie treść opinii złożonych przez wykonawców i wyciągając negatywne konsekwencje z samego faktu nie omówienia jednego przepisu, który został omówiony przez innego wykonawcę.

Wobec powyższego zarzut wskazany w odwołaniu dotyczący oceny ofert w sposób niezgodny z trybem i sposobem oceny wskazanym w SIWZ należy uznać za potwierdzony.

W podkryterium 2 (dalej WTK2) Zamawiający oceniał poprawność przywołania w opinii orzecznictwa (np. sądów powszechnych, SN, sądów administracyjnych, KIO, TSUE), stanowiska doktryny prawa, wytycznych/ komunikatów lub opinii ministrów/innych organów.

W ramach tego podkryterium Odwołujący otrzymał 6 pkt.

Jako uchybienie, Zamawiający wskazał, że Odwołujący:

przywołując orzeczenia nie wskazuje publikatora, ani nie załącza kopii przywoływanego orzeczenia.

1/1/ przypadku istnienia rozbieżności w orzecznictwie/doktrynie Zamawiający oceniał będzie w jaki sposób Wykonawca uzasadnił przyjęcie danego stanowiska i uznał, że inne stanowisko jest niezasadne.

Wykonawca:

nie omawia w wystarczający sposób rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie, w tym nie omawia rozbieżności:

dotyczących sposobu oznaczenia terminu, w czasie którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia. Zamawiający jedynie wskazuję na istnienie rozbieżności w tym zakresie, jednakże nie przybliża istniejących stanowisk, wskazując jedynie na sygnatury wyroków sądowych oraz publikację naukowe. Sprawia to, że Zamawiający po lekturze opinii jest zmuszony sięgnąć do dokumentów zewnętrznych, znaleźć fragmenty odnoszące się do omawianego tematu oraz samodzielnie je porównać. Zamawiający po lekturze opinii nie ma możliwości zajęcia własnego stanowiska oraz zrozumienia sporu w tym zakresie

dotyczących tego, czy świadczenie wykonawcy umowy o roboty budowlane jest podzielne, czy też nie, wskazując jedynie na linię orzeczniczą uznającą taką możliwość oraz wskazując na istnienie odmiennego stanowiska. Przybliża odmienne stanowisko, wskazując jedynie na sygnatury wyroków sądowych. Sprawia to, że Zamawiający po lekturze opinii jest zmuszony sięgnąć do dokumentów

zewnętrznych, znaleźć fragmenty odnoszące się do omawianego tematu oraz samodzielnie je porównać. Zamawiający po lekturze opinii nie ma możliwości zajęcia własnego stanowiska oraz zrozumienia sporu w tym zakresie

Izba wskazuje, że zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące braku podania publikatora czy braku załączenia kopii orzeczeń mają charakter czysto techniczny, nie mający znaczenia dla poprawności przywołania orzecznictwa. Odwołujący przywołał orzeczenia podając każdorazowo datę i sygnaturę, co umożliwia ich wyszukanie. Ponadto Zamawiający nie podnosił, aby jakiekolwiek orzeczenie zostało nieprawidłowo przywołane.

Zdaniem Izby, nie stanowi także uchybienia wykonawców okoliczność, że do opinii nie zostały załączone kopie orzeczeń, bowiem takiego wymogu nie było w SIWZ, a treść podkryterium nie nakładała na wykonawców takiego obowiązku.

Powyższe nie powinno mieć przełożenia na punktację przyznaną w ramach podkryterium WTK2.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że Odwołujący nie omówił w wystarczający sposób rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie dotyczących sposobu oznaczenia terminu, w czasie którego możliwe będzie skorzystanie z prawa odstąpienia, wskazać należy, że Odwołujący w odwołaniu wskazał na konkretne strony z opinii prawnej, odnoszące się do problemu i wskazujące na omówienie przedmiotowych rozbieżności. Zamawiający nie odniósł się do stanowiska Odwołującego, nie wskazał, dlaczego w jego ocenie omówione rozbieżności są niewystarczające.

Izba nie odniosła się do sposobu omówienia przez Odwołującego w opinii rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie w zakresie podzielności świadczeń, wskazując że kwestia ta nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutów odwołania. Odwołujący nie przedstawił w treści odwołania argumentacji merytorycznej w tym zakresie, sygnalizując istnienie uchybień w ocenie dopiero podczas rozprawy. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Powyższe, wskazuje na dokonanie oceny ofert w sposób niezgodny z trybem i sposobem oceny wskazanym w SIWZ oraz z naruszeniem zasady przejrzystości.

W zakresie podkryterium 3 (dalej: WTK3) Zamawiający oceniał adekwatność zaproponowanych w opinii prawnej rozwiązań w zakresie określonych postanowień umownych lub przyjętych rozwiązań.

Oceniając opinię prawna Odwołującego, Zamawiający w ramach oceny pod kątem: dokładność, przyjętych rozwiązań/zaproponowanych postanowień w związku z przedmiotem zagadnienia wskazał, że Wykonawca dopuścił się następujących uchybień:

- na stronie 8 opinii, formułując treść klauzuli dokonuje podziału ustępów na litery, podczas gdy zgodnie z zasadami techniki prawodawczej, które zwyczajowo stosuje się także przy sporządzaniu umów zwyczajowo ustępy dzieli się na punkty, te zaś dopiero dzieli się na litery,

- na stronie 11 opinii, wskazując ustawowe przesłanki odstąpienia powołuje się na art. 143c pkt 7 oraz art. 145 p.z.p., podczas gdy przesłanki odstąpienia są uregulowane odpowiednio w art. 143c ust. 7 p.z.p. oraz w art. 145 ust. 1 p.z.p. Podobnie jako podstawę odstąpienia Wykonawca wskazuje art. 335 Kodeksu cywilnego, podczas gdy wskazany wyżej przepis dotyczy zaspokojenia zabezpieczonej wierzytelności pieniężnej i w ogóle nie reguluje problematyki odstąpienia od umowy,

- na stronach 12 i 25 opinii przywołuje ten sam fragment wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. akt I ACa 793/11 (pojedynczy cytat byłby wystarczający),

- w propozycji postanowień dla umowy opartej na Warunkach Kontraktowych FIDIC Wykonawca określa termin ad quem (końcowy), w ciągu którego możliwe jest złożenie oświadczenia o odstąpieniu (tj. w terminie 365 dni od dnia upływu określonego w Umowie Czasu na Ukończenie), nie wskazuje jednak w ciągu jakiego terminu od dnia powzięcia

wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia oświadczenie takie może zostać złożone. W gruncie rzeczy — w świetle zaproponowanej przez Wykonawcę klauzuli umownej - nawet po upływie bardzo długiego okresu od zaistnienia przesłanki uzasadniającej odstąpienie, Zamawiający mógłby złożyć oświadczenie o odstąpieniu, co w konsekwencji mogłoby zostać uznane w przypadku ewentualnego sporu sądowego za nadużycie prawa podmiotowego (tak dr Michał Wojewoda w wykładzie wygłoszonym dla OIRP w Łodzi, Odstąpienie od umowy — teoria, praktyka i orzecznictwo). Jedynie na marginesie należy wskazać, że w pierwszej propozycji postanowień (tj. tej, która nie opiera się na Warunkach Kontraktowych FIDIC) w zakresie odstąpienia od umowy, Wykonawca z jednej strony wskazuje termin końcowy (ad quem), z drugiej zaś strony pisze, że

oświadczenie o odstąpieniu winno zostać złożone w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie.

Odwołujący podniósł, że przyjęte uchybienia mają charakter natury formalnej, technicznej i nie wpływają na wartość oceny merytorycznej sporządzonej opinii.

W ocenie Izby z powyższym stwierdzeniem można zgodzić się w odniesieniu do kwestii podziału ustępów na litery czy dwukrotnego przywołania tego samego wyroku - kwestie te mają charakter czysto techniczny, redakcyjny, nie mający znaczenia dla dokładności przyjętych rozwiązań.

Jednakże, przywołania niewłaściwych przepisów w opinii prawnej, nie można zakwalifikować do błędów technicznych czy formalnych, które nie mają znaczenia dla wartości merytorycznej opinii. W tym zakresie Izba podziela argumentacji Zamawiającego.

Izba nie odniosła się do zarzutów podniesionych podczas rozprawy przez Przystępującego do Odwołującego, dotyczących oceny oferty Przystępującego, wskazując na ich brak w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Podsumowując, czynności Zamawiającego dokonane w zakresie oceny ofert w ramach kryterium „Metodologia" i „Wartość Techniczna" świadczą o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości. Zamawiający zastosował różną miarę w ocenie ofert wykonawców, był niekonsekwentny w sposobie oceny, stosował nieprzejrzyste, budzące wątpliwości zasady przyznawania punktów. Dokonując ponownej oceny Zamawiający winien uwzględnić wytyczne Izby wskazane w wyroku i dać temu wyraz w kartach ocen.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący: .....