Sygn. akt: KIO 3252/21

WYROK

z dnia 23 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2021r. przez odwołującego: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. z siedzibą w Warszawie (al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie (al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa),

przy udziale wykonawcy: Kancelaria Radców Prawnych L. M. sp. p. z siedzibą w Warszawie (ul. Biała 3 lok. 53, 00-895 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. z siedzibą w Warszawie (al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3252/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 5 listopada 2021r. przez Odwołującego: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego „Świadczenie usług doradczych o charakterze prawnym i reprezentacji prawnej Zamawiającego”. Nr identyfikacyjny: DG.ZPB.230.13.2021. Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2021/BZP 00134299/01 zamieszczone zostało w BZP w dniu 02.08.2021 r.

Odwołujący podał, że zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczą: naruszenia przepisu art.

239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. Częścią II SWZ WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) lit. B. pkt 8.2 wyrażające się w nieprawidłowym przyznaniu Odwołującemu 0 pkt w ramach kryterium

oceny ofert „Reprezentacja przed KIO" - „RK" oraz reprezentacji przed Sądami Okręgowymi „Reprezentacja przed Sądem Okręgowym" - „SR" zamiast odpowiednio 16 punktów i 4 punktów pomimo, że treść dokumentu jaki składany był w celu przyznania wspomnianych punktów (Wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia) zawierała informacje o doświadczeniu Ekspertów skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia pozwalające na przyznanie wspomnianych punktów - na maksymalnym poziomie, na skutek czego, Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych L. M. Spółka Partnerska jako najkorzystniejszej pomimo, że to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynność wyboru oferty Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych L. M. Spółka Partnerska jako najkorzystniejszej,

b) przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem badania doświadczenia Ekspertów podanego przez Odwołującego w Wykazie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie kryteriów Reprezentacja przed KIO" - „RK" oraz „Reprezentacja przed SO" - „RS";

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że (...) posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył w Postępowaniu ofertę, która powinna uplasować się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Na skutek błędnej oceny oferty Odwołującego, Zamawiający dokonał jednak wyboru oferty konkurencyjnego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, co naraziło Odwołującego na poniesienie szkody rozumianej jako utrata spodziewanego zysku pochodzącego z realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert (Część II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) lit. B. pkt 1):

1) Cena - waga kryterium - 50 %;

2) Reprezentacja przed KIO - 16 %;

3) Reprezentacja przed SO - 4 %;

4) Doświadczenie projekty IT - 30 %.

Pierwotnie, zgodnie z Częścią II SWZ WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) lit. B. pkt 8.2, Zamawiający uregulował kryterium „Reprezentacja przed KIO" - „RK", w następujący sposób:

W ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO" Zamawiający oceni świadczenie usług w zakresie reprezentacji prawnej przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO" Zamawiający przyzna oceny zgodnie z następującymi zasadami:

1. Wykonawca przedstawi do oceny 2 z Ekspertów z „Zespołu Ekspertów" dedykowanego do realizacji niniejszego zamówienia, Każdy z Ekspertów będzie oceniany oddzielnie.

2. Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 16 punktów. Liczba punktów w kryterium w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego przed KIO, jaką otrzyma każda oferta w zakresie doświadczenia jednego Eksperta zostanie obliczona na podstawie poniższej tabeli (każdy z Ekspertów może otrzymać maksymalnie 8 punktów):



	Ekspert legitymujący się doświadczeniem w świadczeniu usług w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie,		
Liczba udokumentowanych usług	7	8	9 i więcej
Liczba przyznanych punktów	3	6	8

Kolejno, w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 12.08.2021 r. - odpowiedź na pytanie nr 3, Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający zmienia kryterium „Reprezentacja przed KIO" - „RK" w ten sposób, że dopuszcza aby doświadczenie przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczyło zarówno reprezentacji zamawiającego, jak i wykonawcy". W związku z ww. zmianą, wspomniane kryterium miało następujące brzmienie:

W ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO" Zamawiający oceni świadczenie usług w zakresie reprezentacji prawnej przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO" Zamawiający przyzna oceny zgodnie z następującymi zasadami:

1. Wykonawca przedstawi do oceny 2 z Ekspertów z „Zespołu Ekspertów" dedykowanego do realizacji niniejszego zamówienia, Każdy z Ekspertów będzie oceniany oddzielnie.

2. Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 16 punktów. Liczba punktów w kryterium w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego lub wykonawcy przed KIO, jaką otrzyma każda oferta w zakresie doświadczenia jednego Eksperta zostanie obliczona na podstawie poniższej tabeli (każdy z Ekspertów może otrzymać maksymalnie 8 punktów):

	Ekspert legitymujący się doświadczeniem w świadczeniu usług w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego lub wykonawcy przed Krajową Izbą Odwoławczą w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie,		
Liczba udokumentowanych usług	7	8	9 i więcej
Liczba przyznanych punktów	3	6	8

Pierwotnie, zgodnie z Częścią II SWZ WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) lit. B. pkt 8.3,

Zamawiający uregulował kryterium „Reprezentacja przed SO" - „RS", w następujący sposób: W ramach kryterium „Reprezentacja przed SO" Zamawiający oceni świadczeniu usług w zakresie reprezentacji prawnej przed Sądem Okręgowym. W ramach kryterium „Reprezentacja przed SO" Zamawiający przyzna oceny zgodnie z następującymi zasadami:

1. Wykonawca przedstawi do oceny 2 z Ekspertów z „Zespołu Ekspertów" dedykowanego do realizacji niniejszego zamówienia. Każdy z Ekspertów będzie oceniany oddzielnie.

2. Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 4 punkty. Liczba punktów w kryterium w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego przed SO, jaką otrzyma każda oferta w zakresie doświadczenia jednego Eksperta zostanie obliczona na podstawie poniższej tabeli (każdy z Ekspertów może otrzymać maksymalnie 2 punkty.):

Ekspert legitymujący się doświadczeniem w świadczeniu usług w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego przed sądem okręgowym w sprawach dotyczących postepowań o udzielenie zamówienia publicznego w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie,

Liczba udokumentowanych usług	4	5 i więcej
Liczba przyznanych punktów	1	2

Kolejno, w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 10.08.2021 r. - odpowiedź na pytanie nr 2, Zamawiający wskazał, że: Zamawiający zmienia kryterium „Reprezentacja przed SO" - „RS" w ten sposób, że dopuszcza, aby doświadczenie przed Sądem Okręgowym dotyczyło zarówno reprezentacji zamawiającego, jak i wykonawcy.

W związku z ww. zmianą, wspomniane kryterium miało następujące brzmienie:

W ramach kryterium „Reprezentacja przed SO" Zamawiający oceni świadczeniu usług w zakresie reprezentacji prawnej przed Sądem Okręgowym. W ramach kryterium „Reprezentacja przed SO" Zamawiający przyzna oceny zgodnie z następującymi zasadami:

1. Wykonawca przedstawi do oceny 2 z Ekspertów z „Zespołu Ekspertów" dedykowanego do realizacji niniejszego zamówienia. Każdy z Ekspertów będzie oceniany oddzielnie.

2. Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 4 punkty. Liczba punktów w kryterium w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego lub wykonawcy przed SO, jaką otrzyma każda oferta w zakresie doświadczenia jednego Eksperta zostanie obliczona na podstawie poniższej tabeli (każdy z Ekspertów może otrzymać maksymalnie 2 punkty.):

	Ekspert legitymujący się doświadczeniem w świadczeniu usług w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego lub wykonawcy przed sądem okręgowym w sprawach dotyczących postepowań o udzielenie zamówienia publicznego w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie.	
Liczba udokumentowanych usług	4	5 i więcej
Liczba przyznanych punktów	1	2

Jak wynika z powyższego, a co istotne dla niniejszej sprawy, po ww. zmianach w zakresie brzmienia omówionych kryteriów, irrelewantnym stało się na czyją rzecz świadczone były przez dedykowanych do realizacji zamówienia Ekspertów usługi w zakresie zastępstwa prawnego przed KIO i Sądem Okręgowym - usługi te świadczone mogły być na rzecz zamawiających i odwołujących, jak i przystępujących oraz uczestników postępowania skargowego (ww. opisy kryteriów po zmianie, wskazują ogólnie na reprezentację wykonawcy bez sprecyzowania w jakiej roli procesowej występował on w toku postępowania odwoławczego/skargowego). Na co należy też zwrócić w tym miejscu uwagę, już nawet dla pierwotnej treści ww. kryteriów irrelewantnym było także jaki był przedmiot sporu (np. usługa, dostawa lub robota budowalna, czy też ujmowanego jako zarzuty z odwołania) referencyjnych reprezentacji - w celu pozyskania punktów w tym zakresie, wykonawcy mogli wskazać spór na gruncie dowolnego rodzaju postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i o dowolnym przedmiocie, jak również bez względu na treść zapadłego rozstrzygnięcia, bądź etapu postępowania odwoławczego - posiedzenia niejawnego, posiedzenia, rozprawy. W zasadzie, poza samym faktem udziału Eksperta w danej sprawie przed KIO czy Sądem Okręgowym jako pełnomocnika, dla przyznania punktów w ramach wspomnianych kryteriów, istotnym był jedynie horyzont czasowy świadczonej usługi, który nie mógł być dłuższy niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W celu pozyskania punktów w ramach ww. kryteriów, Wykonawcy składali wraz z ofertą Wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Odwołujący dedykował do realizacji zamówienia dwóch Ekspertów, przedstawiając ich doświadczenie odpowiednio w ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO" - „RK" i „Reprezentacja przed SO" - „RS" w następujący sposób:

1) Ekspert nr 1:

a) w zakresie kryterium „Reprezentacja przed KIO” - „RK: KIO 3412/20, KIO 3494/20, KIO 3437/20, KIO 3512/20, KIO 59/21, KIO 68/21, KIO 107/21, KIO 112/21, KIO 62/21, KIO 63/21, KIO 186/21, KIO 190/21, KIO 300/21, KIO 469/21, KIO 565/21, KIO 585/21, KIO 596/21,

b) w zakresie kryterium „Reprezentacja przed SO” - „RS”: XXII Zs 74/21, XXIII Zs 51/21, XXIII Zs 10/21, IV Ca 200/19, III Ca 1680/19;

2) Ekspert nr 2:

a) w zakresie kryterium „Reprezentacja przed KIO” - „RK: KIO 156/20, KIO 171/20, KIO 786/20, KIO 565/20, KIO 1082/20, KIO 804/20, KIO 503/20, KIO 504/20, KIO 1298/20, KIO 1052/20,

b) w zakresie kryterium „Reprezentacja przed SO” - „RS”: XXIII Ga 809/19, XXIII Ga

1811/18, XX Ga 849/18, XXIII Ga 1573/18, XXIII 830/18.

W dniu 28.10.2021 r. Zamawiający opublikował informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych L.M.Spółka Partnerska. Ponadto, Zamawiający opublikował następujący ranking ofert:

Nazwa (firma) albo imie ⌊ i nazwisko wykonawcy, adres siedziby lub miejsca zamieszkania	Punkty przyznane w ramach kryterium „Cena - 50”	Punkty przyznane w ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO - 16”	Punkty przyznane w ramach kryterium „Reprezentacja przed SO - 4 ”	Punkty przyznane w ramach kryterium „Doświadczenie projekty IT- 30”	Łączna ilość przyznanych punktów
Kancelaria Radców Prawnych L. M. Spółka Partnerska ul. Biała 3 lok. 53, 00-895 Warszawa Kancelaria Prawna	49,29	16	4	25	94,29
P.& Partnerzy ul. Wspólna 50 lok. 6, 00684 Warszawa	43,72	16	4	30	93,72
T. K. P. i Wspólnicy spółka jawna ul. Królowej Jadwigi 170, 30-212 Kraków	38,78	14	2	30	84,78
Kancelarii Radców Prawnych Ć. i partnerzy sp. p. al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa	50	0	0	30	80,00

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w ramach kryteriów „Reprezentacja przed KIO” - „RK i „Reprezentacja przed SO” - „RS”, co skutkowało tym, iż Odwołujący finalnie nie uzyskał zamówienia. Już bowiem samo

przyznanie Odwołującemu max. liczby punktów w ramach kryterium „Reprezentacja przed KIO" powodowałoby, że oferta ta uzyskałaby najwyższą punktację (96 pkt), a tym samym byłaby ofertą najkorzystniejszą.

O nieprawidłowej ocenie ofert w przedmiotowym postępowaniu - tj. o zaniechaniu przyznania Odwołującemu przez Zamawiającego punktów w ramach ww. kryteriów oceny ofert świadczy fakt, że w świetle przedłożonego mu przez Odwołującego Wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, otrzymał on wszystkie konieczne informacje pozwalające na uznanie, że dedykowani przez Odwołującego Eksperci posiadają wymagane, premiowane doświadczenie. Jak już wcześniej wspomniano, z punktu widzenia omawianych kryteriów, istotnym był sam fakt reprezentacji zamawiającego lub wykonawcy przed KIO lub Sądem Okręgowym w sprawie ze skargi na orzeczenie KIO w ostatnich 5 latach, tym samym, irrelewantnymi były informacje o przedmiocie sporu czy reprezentowanym podmiocie. Wskazanie w treści przedmiotowego Wykazu sygnatur spraw, zwłaszcza przed KIO, których daty roczne wskazują, że postępowania te zostały wszczęte

najwcześniej w 2018 r. i przypisanie ich do poszczególnych Ekspertów jako pełnomocników występujących w tych sprawach, dawało więc wszelkie podstawy ku temu, aby uwzględnić to doświadczenie w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert i przyznać z jego tytułu odpowiednie punkty. Jak się wydaje - choć do dnia sporządzenia i wniesienia niniejszego

odwołania, Zamawiający takiego stanowiska wprost nie wyraził - Zamawiający nie przyznał

Odwołującemu punktów w ramach kryteriów „Reprezentacja przed KIO" - „RK i „Reprezentacja przed SO" - „RS", bowiem Odwołujący wypełnił Wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia uwzględniając informacje, o których pisał Zamawiający, w sposób rzeczywiście szerszy niż literalnie zostało to ujęte w formularzu nr DOP.5 - załącznik do SWZ, o treści:

2.	Kryterium „Reprezentacja przed KIO"
	Liczba i rodzaj świadczonych usług w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, (podmiot, który reprezentowano oraz przedmiot reprezentacji prawnej przed Krajową Izbą Odwoławczą)
3.	Kryterium „Reprezentacja przed SO"
	Liczba świadczonych usług w zakresie reprezentacji prawnej zamawiającego lub wykonawcę przed sądem okręgowym w sprawach dotyczących postepowań o udzielenie zamówienia publicznego w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie (podmiot, który reprezentowano oraz przedmiot reprezentacji prawnej przed Sadem Okręgowym)

Jak już bowiem wspomniano wyżej, informacje o podmiocie reprezentowanym przez Eksperta i „przedmiocie reprezentacji" (nota bene pojęciu niezdefiniowanemu w dokumentacji postępowania, a więc tym samym pojęciem wieloznacznym) nie były w żaden sposób obiektywnie istotnymi w świetle ww. kryteriów oceny ofert, a przedstawienie ich Zamawiającemu (bądź nieprzedstawienie) na tę ocenę nie mogło w żaden sposób wpłynąć. Należy bowiem stwierdzić, że zwłaszcza w zakresie reprezentacji przed KIO, Zamawiający otrzymał od Odwołującego zakres informacji który faktycznie, w przeciwieństwie do informacji ograniczających się do podmiotu reprezentowanego i „przedmiotu sporu", dawał podstawy do oceny wymaganego doświadczenia, będąc w zasadzie zakresem nawet szerszym niż tam opisany. Dość bowiem wskazać, że wypełniając przedmiotowy wykaz wyłącznie ograniczający się do podmiotu reprezentowanego oraz „przedmiotu sporu", Wykonawcy mogli nie podawać sygnatur spraw, a tym samym przedstawiać doświadczenie w sposób trudny do zidentyfikowania konkretnej sprawy de facto niedającym pewności co do zgodności wymaganego doświadczenia z opisem. Dodatkowo należy też podnieść, że przyznanie przez Zamawiającego Odwołującemu punktów na podstawie otrzymanych w Wykazie informacji o doświadczeniu Ekspertów nie wymagało od Zamawiającego wzywania Odwołującego do wyjaśnień czy podejmowania jakichkolwiek innych czynności, a przeprowadzona przez

Zamawiającego ocena ofert była więc skrajnie formalistyczną i nie doprowadziła tym samym do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że jeśli zakres informacji podany w ofercie lub dokumencie składanym wraz z ofertą pozwala na ocenę premiowanego w kryteriach doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, to nawet gdy informacje te nie są wszystkimi informacjami jakie zgodnie z wzorami dokumentów przetargowych powinny zostać podane, to obowiązkiem Zamawiającego jest przyznanie odpowiedniej punktacji danej ofercie (Wyrok KIO 631/19).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19/11/21) wniósł o jego oddalenie i wskazał w szczególności na następujące okoliczności: (...)

I. Stan faktyczny sprawy.

W dniu 2 sierpnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu publicznym na świadczenie usług doradczych o charakterze prawnym i reprezentacji prawnej Zamawiającego, znak: BDG.ZPB.230.13.2021. W pkt B.1. lit. b i c części II Specyfikacji Warunków Zamówienia - Warunki Szczególne (s. 46 SWZ) Zamawiający jako kryteria oceny ofert wskazał m.in.: reprezentację przed KIO (waga kryterium: 16%) oraz reprezentację przed SO (waga kryterium: 4%) - dalej także odpowiednio jako kryteria „RK" i „RS". W ramach każdego z ww. kryteriów Zamawiający zastrzegł sobie prawo do oceny dwóch Ekspertów z Zespołu Ekspertów dedykowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia, przy czym zastrzeżono, że każdy z Ekspertów będzie oceniany oddzielnie (B.8.2., B.8.3.). Na potrzeby oceny ofert Zamawiający wymagał od Wykonawców wypełnienia formularza DP.5 - Wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, stanowiącego załącznik do oferty (dalej: „wykaz" lub „formularz DP.5"). Zarówno w przypadku kryterium „reprezentacja przed KIO" jak i kryterium „reprezentacja przed SO" jako wymagane od Wykonawców informacje Zamawiający wskazał dane identyfikujące reprezentowany podmiot oraz przedmiot reprezentacji prawnej. Odwołujący, mimo wyraźnej instrukcji zawartej w SWZ, ograniczył się do wpisania do formularza DP.5 sygnatur spraw, w ramach których świadczył usługę reprezentacji prawnej. W związku z powyższym w ramach kryteriów „RK" i „RS" Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów. Dnia 28.10.2021 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 2.11.2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji na wyborze oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący w odwołaniu wskazał m.in., że:

- zgodnie z ostatecznym brzmieniem SWZ, dla oceny ofert w ramach kryteriów „reprezentacja przed KIO" oraz „reprezentacja przed SO" nie miało znaczenia, czy usługa w zakresie reprezentacji prawnej była świadczona na rzecz zamawiającego czy wykonawcy, a także jaki był przedmiot sporu (usługa, dostawa czy roboty budowlane);

- w ramach formularza DP.5 przekazał Zamawiającemu wszelkie informacje konieczne do uznania, że dedykowani przez niego Eksperci posiadają wymagane, premiowane doświadczenie;

- dla oceny ofert w ramach kryteriów „reprezentacja przed KIO" i „reprezentacja przed SO" istotny był sam fakt reprezentacji zamawiającego lub wykonawcy przed Sądem Okręgowym („SO") lub Krajową Izbą Odwoławczą („KIO") w ostatnich 5 latach, zatem wskazanie sygnatur spraw było wystarczające, by uwzględnić wskazane w wykazie doświadczenie Eksperta w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert i przyznać z tego tytułu odpowiednie punkty;

- w sytuacji, w której Wykonawcy podaliby w wykazie wyłącznie informacje wymagane przez Zamawiającego, zidentyfikowanie poszczególnych spraw byłoby utrudnione;

- przyznanie Odwołującemu punktów na podstawie przedstawionych przez Zamawiającego w wykazie informacji nie wymagało od Zamawiającego wzywania Odwołującego do wyjaśnień czy podejmowania jakichkolwiek innych czynności, a co za tym idzie - ocena ofert została przeprowadzona w sposób skrajnie formalistyczny i nie doprowadziła do wyboru oferty najkorzystniejszej.

(...)

II. Stanowisko wobec twierdzeń Odwołującego.

Argumentacja Odwołującego jest chybiona i nie sposób się z nią zgodzić. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w formularzu DP.5 w części dotyczącej informacji odnoszących się do liczby i rodzaju świadczonych usług w zakresie reprezentacji prawnej przed KIO oraz przed SO nie podał wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych. Uniemożliwiło to Zamawiającemu przyznanie ofercie Odwołującego punktów w ramach

kryteriów „RK” i „RS”. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w formularzu DP.5, jakich informacji oczekuje od Wykonawców ubiegających się o zamówienie. Odwołujący zamieścił w wykazie jedynie sygnatury postępowań, w ramach których świadczył usługę reprezentacji prawnej, pominął jednak informacje dotyczące reprezentowanego podmiotu oraz przedmiotu reprezentacji. Należy w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający zawarł w formularzu DP.5 informacje, iż wykaz należy wypełnić dla potrzeb oceny ofert, należy go złożyć wraz z ofertą oraz że nie podlega on uzupełnieniu. Odwołujący nie podał wszystkich wymaganych elementów, pozwalających na ocenę jego oferty w zakresie kryteriów „RK” i „RS”, a ponieważ wykaz nie podlegał uzupełnieniu - Zamawiający nie mógł zwrócić się do Wykonawcy o uzupełnienie brakujących pozycji.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby przekazał on Zamawiającemu wszelkie informacje potrzebne dla uznania, że Eksperci dedykowani do realizacji zamówienia posiadają wymagane, premiowane doświadczenie w zakresie

reprezentacji przed SO i KIO. Samo wskazanie sygnatur spraw nie pozwala na ich identyfikację, a co za tym idzie - weryfikację informacji zawartych przez Odwołującego w wykazie, dotyczących punktowanego doświadczenia Ekspertów. Zamawiający postawił Wykonawcom wymóg zawarcia w formularzu DP.5 informacji na temat podmiotu reprezentowanego oraz przedmiotu reprezentacji właśnie w celu umożliwienia identyfikacji wskazanych w wykazie spraw oraz minimalizacji ryzyka pomyłki po stronie Wykonawców. Wymaga bowiem podkreślenia, że Zamawiający ma prawo weryfikować podane przez Wykonawców informacje, na podstawie których w ramach oceny ofertom przyznawane są punkty. Zawarcie w wykazie przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wszystkich informacji, których zażądał Zamawiający, sprawia, że w przypadku potencjalnego sporu na tym tle zarówno Zamawiający jak i Wykonawcy mają możliwość potwierdzenia realizacji wymienionych w wykazie usług. Zatem, pomimo że przyznając punkty za spełnienie poszczególnych pozacenowych kryteriów oceny ofert Zamawiający nie brał pod uwagę podmiotu reprezentowanego przed KIO lub SO ani przedmiotu sporu, informacje te są kluczowe dla możliwości zidentyfikowania poszczególnych spraw oraz zweryfikowania podanych przez Wykonawców informacji dotyczących punktowanej liczby zrealizowanych usług reprezentacji prawnej. W sytuacji gdy Zamawiający nie ma nawet wiedzy, kogo w danym postępowaniu reprezentował Odwołujący (zamawiającego czy wykonawcę), sprawna weryfikacja informacji zawartych w wykazie jest wysoce utrudniona, o ile nie niemożliwa. Gdyby Odwołujący wskazał w formularzu DP.5 przykładowo: niepełną nazwę reprezentowanego podmiotu lub niepełną nazwę postępowania będącego przedmiotem sporu, Zamawiający mógłby podjąć próby wyjaśnienia tej kwestii, choćby w oparciu o powszechnie dostępne informacje. Jednak mając do dyspozycji jedynie sygnatury spraw, nie wiedząc, która ze stron postępowania była reprezentowana przez Odwołującego, Zamawiający został pozbawiony realnej możliwości zweryfikowania zawartych w wykazie informacji.

Zamawiający odniósł się także do przywołanego w odwołaniu wyroku KIO 631/19. Podał, że „Po analizie tego orzeczenia można dojść do wniosku, że Zamawiający miał obowiązek przyznać ofercie Odwołującego odpowiednią punktację, jednak tylko wtedy, gdy podane informacje pozwoliłyby na jednoznaczną identyfikację spraw. Natomiast w sytuacji,

gdy taka weryfikacja w oparciu o przekazane Zamawiającemu dane nie jest wykonalna,

oferta jest obarczona niemożliwym do konwalidacji błędem uniemożliwiającym przyznanie punktów w ramach danego kryterium. Jeszcze raz podkreślić należy, że Odwołujący nie zawarł w wykazie choćby wzmianki, czy w danej sprawie reprezentował zamawiającego czy wykonawcę. Nie jest zatem prawdą jak twierdzi Odwołujący, że zgodnie z przytoczonym wyrokiem KIO „jeśli zakres informacji podany w ofercie lub dokumencie składanym wraz z ofertą pozwala na ocenę premiowanego w kryteriach doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, to nawet gdy informacje te nie są wszystkimi informacjami jakie zgodnie z wzorami dokumentów przetargowych powinny zostać podane, to obowiązkiem Zamawiającego jest przyznanie odpowiedniej punktacji danej ofercie”. Zamawiający ma taki obowiązek tylko pod określonym warunkiem (możliwość identyfikacji sprawy i zweryfikowania informacji na podstawie danych wpisanych w wykazie), który w niniejszej sprawie nie został spełniony. Tym bardziej nie ma więc racji Odwołujący twierdząc, że „przyznanie przez Zamawiającego Odwołującemu punktów na podstawie otrzymanych w Wykazie informacji o doświadczeniu Ekspertów nie wymagało od Zamawiającego wzywania Odwołującego do wyjaśnień czy podejmowania jakichkolwiek innych czynności, a przeprowadzona przez Zamawiającego ocena ofert była więc skrajnie formalistyczną”. Wobec podanego przez Odwołującego w wykazie zakresu informacji, Zamawiający chcąc te informacje zweryfikować, musiałby wykonać szereg pracochłonnych czynności, nie mając nawet pewności czy ta weryfikacja się powiedzie. Dlatego ocena ofert dokonana przez Zamawiającego nie była skrajnie formalistyczna, lecz została przeprowadzona w sposób zapewniający równe traktowanie Wykonawców biorących udział w postępowaniu”.

Mając powyższe na uwadze, nie sposób także podzielić poglądu wyrażonego przez Odwołującego, zgodnie z którym „Odwołujący wypełnił wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia uwzględniając informacje, o których pisał Zamawiający, w sposób rzeczywiście szerszy niż literalnie zostało to ujęte w formularzu nr DOP.5 - załącznik do SWZ". Twierdzenie to byłoby prawdziwe, gdyby Odwołujący oprócz informacji żądanych przez Zamawiającego dodatkowo wpisał sygnatury danych postępowań, co zresztą uczynili wszyscy pozostali Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W sytuacji gdy Odwołujący wskazał jedynie sygnatury spraw, nie wpisując w wykazie żadnych innych danych na temat świadczonych usług reprezentacji prawnej (choćby tego, kogo reprezentował - zamawiającego czy odwołującego), jest to znacznie węższy zakres informacji niż żądany przez Zamawiającego. Ponadto okoliczność, że w ocenie Odwołującego podanie przez Wykonawców ubiegających się o zamówienie tylko wymaganych informacji byłoby niewystarczające dla późniejszego zidentyfikowania spraw wymienionych w wykazie, nie zmienia faktu, że Odwołujący miał obowiązek wpisać te dane w odpowiednie miejsce formularza DP.5. Odwołujący nie może jednostronnie i arbitralnie oceniać, jaki zakres informacji odpowiada potrzebom Zamawiającego, a następnie zgodnie z tą oceną samowolnie modyfikować wzoru formularza stanowiącego załącznik do oferty. Zamawiający wskazuje również, że w sytuacji gdy treść SWZ budziła u Odwołującego jakiekolwiek wątpliwości, mógł on zwrócić się do

Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści tego dokumentu - taką możliwość daje mu bowiem art. 135 ust. 1 Pzp. Zatem jeśli dla Odwołującego nie było jasne, jaki zakres informacji powinien podać w wykazie, czy też zbyt enigmatyczne było dla niego pojęcie „przedmiot reprezentacji", mógł skorzystać z tego prawa, czego nie uczynił. Podkreślić również należy, że w zakresie informacji dotyczących kryterium „Doświadczenie projekty IT" Odwołujący nie miał żadnego problemu ze wskazaniem wszystkich wymaganych informacji, tj.: okresu realizacji usługi, podmiotu, na rzecz którego świadczona była usługa, wartości przedmiotu zamówienia, nazwy Systemu Teleinformatycznego. Ponadto Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia zobowiązany jest przestrzegać wyrażonych w art. 16 pkt 1 Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że Zamawiający powinien traktować wszystkich Wykonawców jednakowo, na równych zasadach, na każdym etapie postępowania, w związku z czym m.in. zasady obowiązujące w ramach badania i oceny ofert powinny być takie same (por.: A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16, SIP Lex). Przyznanie ofercie Odwołującego punktów w ramach kryteriów „RK" i „RS" pomimo braku danych umożliwiających identyfikację spraw zawartych w wykazie i weryfikację przekazanych informacji, stanowiłoby naruszenie tej zasady. Należy także przywołać wyrok KIO z dnia 13.06.2016 r. wydany w sprawie KIO 890/16 (LEX nr 2106295), zgodnie z którym: wykonawcy nie mogą z własnej inicjatywy modyfikować ani "poprawiać" SIWZ, nawet jeśli uważają, że powinna ona brzmieć inaczej. Naczelną zasadą jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy składali oferty w jednakowych warunkach - opisanych właśnie specyfikacją. W przeciwnym wypadku (.) naruszona zostałaby właśnie uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający na marginesie sygnalizuje także, że obszerna argumentacja Odwołującego dotycząca zmian SWZ w zakresie istotnych dla sprawy kryteriów pozostaje bez znaczenia. Dokonując oceny ofert, Zamawiający nie różnicował ich ze względu na podmiot, na rzecz którego świadczone były wskazane w wykazie usługi reprezentacji (zamawiający czy wykonawca) czy też ze względu na przedmiot reprezentacji (usługi, dostawy czy roboty budowlane). Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w ramach kryteriów „RK" i „RS" z tej przyczyny, że informacje podane przez Odwołującego w formularzu DP.5 były niepełne i nie odpowiadały wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. Reasumując powyższe, wskazać należy, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący w formularzu DP.5 nie podał wszystkich wymaganych elementów pozwalających na ocenę jego oferty zakresie kryteriów „reprezentacja przed KIO" i „reprezentacja przed SO". Zamawiający w SWZ jednoznacznie wskazał, jakie informacje Odwołujący zobowiązany był zawrzeć w wykazie, przy czym mając na uwadze, że wykaz ten nie podlegał uzupełnieniu, Zamawiający nie miał możliwości zwrócenia się do Odwołującego o uzupełnienie wadliwie wypełnionych pozycji. Dane przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego były niepełne, uniemożliwiały identyfikację spraw, w ramach których Odwołujący świadczył usługę reprezentacji prawnej oraz weryfikację punktowanego doświadczenia Ekspertów, nie odpowiadały wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający nie mógł przyznać ofercie Odwołującego punktów w ramach ww. kryteriów. Tym samym, wobec bezpodstawnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Kancelaria Radców Prawnych L. M. sp. p. z siedzibą w Warszawie wnosząc - jak Zamawiający - o oddalenie odwołania. Wskazał, że „Oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego prawidłowo i zgodnie z informacją o wyniku postępowania znajduje się na czwartej pozycji. W związku z powyższym Przystępujący ma interes w

uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego oferta w ramach kryteriów oceny ofert uzyskała najwyższą ocenę".

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba nie zgodziła się bowiem z twierdzeniami Odwołującego, że ocena oferty wykonawcy została dokonana z naruszeniem przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. Częścią II SWZ - Warunki szczególne (WSZ) lit. B. pkt 8.2.

Tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (podobnie Przystępujący po jego stronie wykonawca) Odwołujący w formularzu DP.5 w części dotyczącej informacji odnoszących się do liczby i rodzaju świadczonych usług w zakresie reprezentacji prawnej przed KIO oraz reprezentacji prawnej przed SO nie podał wymaganych przez Zamawiającego danych. Zamawiający w tym formularzu jednoznacznie wskazał jakich informacji oczekuje od wykonawców ubiegających się o zamówienie. Odwołujący zamieścił w Wykazie jedynie sygnatury postępowań, w ramach których świadczył usługę reprezentacji prawnej, nie wskazał natomiast żądanych informacji dotyczących reprezentowanego podmiotu oraz przedmiotu reprezentacji. Zamawiający w formularzu DP.5 określił wymagane informacje oraz podał, że wykaz należy wypełnić dla potrzeb oceny ofert według wskazanych w SWZ kryteriów i złożyć wraz z ofertą oraz jednoznacznie zaznaczył w tytule, że ten formularz nie podlega uzupełnieniu. Odwołujący nie podał wymaganych elementów, pozwalających na ocenę jego oferty w zakresie kryteriów „RK" i „RS", a ponieważ wykaz nie podlegał uzupełnieniu - Zamawiający nie mógł zwrócić się do Wykonawcy o uzupełnienie brakujących informacji. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wypełnił wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia uwzględniając wymagane informacje w sposób szerszy niż literalnie zostało to ujęte w formularzu nr DP.5, albowiem w miejsce - jak wskazano - żądanych przez Zamawiającego informacji wpisał sygnatury danych postępowań, nie wpisując w tym Wykazie żadnych innych danych na temat świadczonych usług reprezentacji prawnej w tym wymaganej informacji co do zakresu przedmiotu reprezentacji oraz reprezentowanego podmiotu. Wskazanie sygnatur stanowi - w stanie faktycznym tej sprawy - zastąpienie wymaganych informacji inną informacją i dodatkowo o ogólnym zakresie wymagającą indywidualnych ustaleń Zamawiającego, w zakresie podmiotu reprezentowanego oraz rodzaju świadczonych usług w zakresie reprezentacji prawnej przed KIO oraz przed SO, co nie było dopuszczone SWZ. Na marginesie izba zauważa, że uzyskanie takich informacji wymagałoby badań w oparciu o akta tych spraw, nie tylko w oparciu o orzeczenie, które znajdują się w dyspozycji (archiwum) innych podmiotów niż Zamawiający. Tym samym nie można było zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby przekazał Zamawiającemu wszelkie informacje potrzebne dla uznania, że Eksperci dedykowani do realizacji zamówienia posiadają wymagane, premiowane doświadczenie w zakresie reprezentacji przed SO i KIO.

Na marginesie Izba także zauważa, że na tym etapie postępowania (oceny ofert według kryterium) Odwołujący nie może jednostronnie i arbitralnie oceniać, jaki zakres informacji odpowiada potrzebom Zamawiającego, a następnie zgodnie z tą oceną samowolnie modyfikować treść wzoru formularza stanowiącego załącznik do oferty. Takiej ocenie służą wykonawcy procedury przewidziane ustawą Pzp m.in. procedura wyjaśnień według art. 135 ust.1 Pzp. Na późniejszym etapie Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia - dokonując oceny ofert - zobowiązany jest przestrzegać wyrażonych w art. 16 pkt 1 Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców m.in. w ramach badania i oceny ofert stosować do wykonawców takie same reguły. Przyznanie ofercie Odwołującego punktów w ramach kryteriów „RK" i „RS" pomimo braku danych umożliwiających identyfikację spraw zawartych w wykazie i weryfikację przekazanych informacji, stanowiłoby naruszenie tej zasady.

Tym samym wskazane naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z

2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

16