Sygn. akt: KIO 432/16

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **R.M., R.N.** prowadzący wspólnie działalności gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą R.N., R.M. „M. N. Kancelaria Adwokacka" s.c., ul. Zamkowa 3/5, 61-768 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna,** ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **P. W. D. Spółka Komandytowa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Flory 9 lok. 1, 00-586 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawcy **T.S.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T.S. Radca Prawny, ul. Bora Komorowskiego 35 lok. 28, 03-982 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.5.2, 8.5.3 pkt 1 i 2 siwz oraz modyfikację zasad przyznawania punktów w kryterium oceny oferty *doświadczenie wykonawcy,* podkryterium DW1, w sposób wskazany w uzasadnieniu. W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – PKP PLK S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: R.M., R.N. prowadzący wspólnie działalności gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą R.N., R.M. „M. N. Kancelaria Adwokacka" s.c., ul. Zamkowa 3/5, 61-768 Poznań, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego – PKP PLK S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: R.M., R.N. prowadzących wspólnie działalności gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą R.N., R.M. „M. N. Kancelaria Adwokacka" s.c., ul. Zamkowa 3/5, 61-768 Poznań kwotę **19.129 zł 88 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto dwadzieścia dziewięć złotych osiemdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP PLK S.A, Centralne

Biuro Zamówień Wydział zamówień inwestycyjnych na dostawy i usługi w trybie przetargu nieograniczonego na *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 (POIiŚ) oraz Pomocy Technicznej Connecting Europe Facility na lata 2014-2020 (CEF) na potrzeby wsparcia zadań inwestycyjnych finansowanych ze* środków *UE w ramach POIiŚ i CEF* (nr sprawy 6060/ICZ4/01088/02019/16/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 053-088987 w dniu 16 marca 2016 r., wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w dniu 25 marca 2016 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: R.M. i R.N. (dalej jako Odwołujący) - sygn. akt KIO 432/16.
Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w dniu 16.03.3016 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj.:
1. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, jak również w sposób, który narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji;
2. art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez umożliwienie wykonawcom złożenie dwóch ofert w przedmiotowym postępowaniu podczas gdy ustawa Pzp dopuszcza możliwość złożenia tylko jednej oferty;
3. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia;
4. art. 7 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu, nakazanie dokonania zamiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

W uzasadnieniu Odwołujący poczynił na wstępie uwagi natury ogólnej dotyczące właściwego określenia przez Zamawiającego w treści siwz warunków udziału w postępowaniu, które służyć mają ocenie zdolności wykonawcy do należytego (rzetelnego) wykonania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem specyfiki konkretnego zamówienia. Prawo Zamawiającego do ustalenia sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu doznaje ograniczeń z uwagi na konieczność przygotowania i przeprowadzenia postępowania w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1) i konieczność zachowania związku z przedmiotem zamówienia i proporcjonalności (art. 22 ust. 4).
Odwołujący zakwestionował ustalony przez Zamawiającego sposób oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w którym wymagał należytego wykonania (wykonywania) usługi doradztwa prawnego na etapie realizacji umów, przy czym usługi te świadczone miały być dla minimalnie 3 a maksymalnie 5 podmiotów, o łącznej wartości wynagrodzenia wykonawcy (zafakturowanego do dnia upływu terminu składania ofert) nie mniejszej niż 800.000,00 Pln brutto, obejmujące zakresem opinii, doradztwa, rekomendacji oraz reprezentacji w sporach (opisane szczegółowo w treści siwz w pkt 8.5.2 , w literach od a do f). Odwołujący zakwestionował wskazanie w treści warunku minimalnej ilości podmiotów, tj. trzech, z uwagi na brak celowości i zasadności w odniesieniu do realizacji usługi doradztwa prawnego. W ocenie Odwołującego brak jest uzasadnienia dla rozróżnienia doświadczenia zdobytego przez wykonawcę, który wykonywał usługę na rzecz jednego zamawiającego obejmującą obsługę prawną w zakresie odpowiadającym czynnościom wskazanym w lit. a-f od doświadczenia wykonawców, którzy wykonali te same umowy, lecz

na rzecz kilku podmiotów. W obu przypadkach czynności realizowane przez wykonawcę są identyczne, tak więc jego wiedza i doświadczenie nabyte w czasie realizacji umowy na rzecz tego samego podmiotu (na podstawie kilku różnych umów) są tożsame z wiedzą i doświadczeniem nabytym od różnych zamawiających. Odwołujący wnosił o zmianę treści siwz w części związanej ze wskazaniem ilości podmiotów i ich zastąpienie wymogiem wykonania co najmniej dwóch usług doradztwa, ewentualnie wykreślenia ograniczenia minimalnej ilości podmiotów i pozostawienie wskazania na maksymalną ilość 5 podmiotów, na rzecz których miała być świadczona usługa.
Ponadto Odwołujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia stanowiska wskazanego powyżej uwaga I utraci znaczenie i zarzuty jakie formułuje w odniesieniu do nadmiernego ograniczenia, jakie wynika z jej treści, staną się bezprzedmiotowe. Zdaniem Odwołującego ograniczenie wynikające z treści uwagi I, w której nałożono na wykonawcę konieczność wykazania co najmniej 2 czynności spośród wymienionych w lit od a do f, jest nadmiernym i powinno być w całości wykreślone. Jego zdaniem, dla oceny wiedzy i doświadczenia wykonawcy nie powinno mieć znaczenia czy czynności zrealizowane zostały w jednej, czy też w kilku odrębnych umowach, skoro łącznie zostaną wykonane wszystkie ww. czynności.
Odwołujący zakwestionował również ustalony przez Zamawiającego sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 8.5.2 lit. e siwz). Czynność określona w lit. e dotyczy reprezentowania *strony w pięciu sporach sądowych pomiędzy inwestorem a wykonawcą na*

tle realizacji umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski dotyczących Projektów Infrastrukturalnych. Odwołujący wskazał, iż czynności te polegające w istocie na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami powszechnymi są realizowane na podstawie odrębnych umów zawartych z Klientem, który jest w sporze sądowym. Nie jest spotykanym w praktyce zawieranie umów obejmujących jednocześnie prowadzenie wielu spraw sądowych w ramach świadczenia usługi obsługi prawnej umowy o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski. Nie jest bowiem możliwym przewidzenie powstania określonych zdarzeń w trakcie realizacji umowy o roboty budowlane powodujących wszczęcie procesu sądowego. Również ustawodawca w art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp wskazał usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami (…) w podstawie do zastosowania zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia bez konieczności spełnienia przesłanek wyboru tych trybów. Odwołujący wniósł o wykreślenie w całości litery f w pkt 8.5.2 siwz, ewentualnie zastąpienie wymagania przez wskazanie na *wykonanie usługi doradztwa prawnego polegającego na reprezentacji strony w pięciu sporach sądowych pomiędzy inwestorem a wykonawcą na tle realizacji umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski dotyczących Projektów Infrastrukturalnych.*
Odwołujący zakwestionował warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisany w pkt 8.5.3 pkt 1 siwz (str. 8), dotyczącego dysponowania Zespołem Ekspertów składającym się z pięciu Ekspertów Kluczowych, z których każdy posiada od co najmniej 5 lat ważne uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego (…) oraz posiadają takie doświadczenie, aby Zespół łącznie wykonywał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie w świadczeniu usługi wsparcia prawnego (…). W ocenie Odwołującego, rozróżnienie jakie wprowadza Zamawiający oparte na cezurze czasu posiadania uprawnień, jest nieuzasadnione dla oceny merytorycznych kompetencji pełnomocników zawodowych, zweryfikowanych zdanym egzaminem zawodowym. Przepisy właściwe dla wykonywania zawodu radcy prawnego i adwokata nie wprowadzają ograniczeń w związku z posiadanym stażem zawodowym. Powyższe uzasadniać ma stwierdzenie, że wskazany przez Zamawiającego okres posiadania uprawnień jest sprzeczny z ustawami szczególnymi. Ponadto powiązanie warunku z datą uzyskania uprawnień nie daje gwarancji, że zdobyte doświadczenie w pomocy prawnej obejmuje obszar zagadnień wymienionych przez Zamawiającego w lit. a-i. Istotnym powinien być zakres wykonywanych wcześniej czynności związanych z obsługą prawną podmiotów, a nie staż posiadania uprawnień. Nie ma również znaczenia wyznaczony przez Zamawiającego okres 5 lat, w którym osoby te powinny zrealizować czynności wymienione w lit a-i. Odwołujący wniósł o zmianę warunku poprzez wykreślenie ograniczenia

czasowego dla zdobytych uprawnień zawodowych oraz wykreślenie okresu 5 lat przed upływem składania ofert, w jakim Zespół łącznie wykazać miał się doświadczeniem w świadczeniu usługi wsparcia prawnego.
Analogicznie, z uwagi na wprowadzoną cezurę czasową uzyskania uprawnień zawodowych (3 lata), kwestionuje wymaganie z pkt. 8.5.3 pkt 2 ppkt I i II siwz – dotyczące specjalistów.
Odwołujący kwestionuje warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisany w pkt 8.5.3 pkt 1lit. h siwz (str. 9), dotyczący doświadczenia w reprezentowaniu strony w sporach sądowych dotyczących świadczenia gwaranta z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Odwołującego, tego typu procesy w praktyce nie są spotykane, stąd stawia tezę, że intencją Zamawiającego nie była ocena tego typu doświadczenia. Zakłada, że warunek ten dotyczyć miał reprezentowania strony w sporach sądowych związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o roboty budowlane lub prace projektowe z zakresu projektów infrastrukturalnych i o zmianę warunku w tym kierunku wnosi, ewentualnie o wykreślenie w całości pkt 8.5.3 pkt 1 lit. h siwz.
W ocenie Odwołującego zapis z 12.1, w którym Zamawiający wskazał, że *każdy Wykonawca może złożyć maksymalnie dwie oferty,* stoi w oczywistej sprzeczności z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, dopuszczającego złożenie przez wykonawcę jednej oferty. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż Zamawiający podzielił zamówienie na części, gdyż składając ofertę na każdą z części wykonawca składa jedną ofertę. Pozostawienie w obecnym brzmieniu zapisu pkt 12.1 siwz może doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W związku z powyższym wnosi o wykreślenie pkt 12.1 siwz.
Odwołujący zakwestionował wskazany przez Zamawiającego w pkt 19.12 siwz sposób oceny ofert w kryterium – doświadczenie wykonawcy, odnoszący się do ustalonych obszarów doświadczenia (co najmniej 3 obszaru doradztwa prawnego). Zamawiający ustalił, iż w przypadku wskazania dwa razy tego samego obszaru doświadczenia w ramach jednego projektu infrastrukturalnego, wykonawca otrzyma 0,00 pkt. W ocenie Odwołującego taki sposób oceny nie odnosi się w żaden sposób do oceny merytorycznej oferty, a stanowi jedynie sankcję czy też karę dla wykonawcy, w przypadku gdy ten popełni błąd przy sporządzaniu oferty. W takiej sytuacji wykonawcy powinny być przyznane punkty za rzeczywiste doświadczenie zgodnie z załączoną tabelą. Odwołujący wniósł o wykreślenie w całości postanowienia o przyznaniu 0,00 pkt.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.
Postępowanie prowadzone jest według zasad obowiązujących dla zamówień powyżej wartości, od której uzależniony jest obowiązek ogłoszenia zamówienia w publikatorze unijnym. Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.
Do postępowania odwoławczego dopuszczeni zostali wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego – P. W. D. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, a po stronie Zamawiającego - Kancelaria Prawna T.S. Radca Prawny.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Odwołujący wykazał istnienie przesłanek materialno prawnych wywodzone z naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez określenie w sposób nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia warunków udziału w postępowaniu, co uniemożliwia mu złożenie oferty w postępowaniu. Ponadto, zapisy dotyczące sporządzenia oferty oraz jej oceny mogą prowadzić do wadliwości dalszych czynności Zamawiającego zmierzających do wyboru oferty

najkorzystniejszej i jedynie na obecnym etapie postępowania mogą być skutecznie skarżone i w konsekwencji zmienione.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, wynikających z dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie związanym z zarzutami podtrzymanymi na rozprawie.

Zarzuty dotyczące ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ograniczone zostały do tych postanowień siwz (analogiczne zapisy zawarte zostały również w ogłoszeniu), które odnoszą się do wymaganej od wykonawców wiedzy i doświadczenia (pkt 8.5.2 siwz) oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 8.5.3 siwz).
W pkt 8.5.2 siwz Zamawiający określił sposób oceny warunku z pkt 8.2.2 (posiadania wiedzy i doświadczenia), dla której brane pod uwagę mają być wykonane (wykonywane) należycie *usługi doradztwa prawnego na etapie realizacji umów, przy czym usługi te* świadczone *były*

---

dla minimalnie 3 a maksymalnie 5 podmiotów, łączna wartość usługi doradztwa prawnego (t. wartość wynagrodzenia Wykonawcy za świadczenie *tych usług zafakturowanego do dnia upływu terminu składania ofert) nie była mniejsza niż 800.000,00 PLN brutto, usługi te obejmowały swoim zakresem łącznie niżej wymienione czynności:*

a) opracowanie 10 pisemnych opinii dotyczących możliwości udzielenia zamówień dodatkowych lub zamówień uzupełniających lub zmiany umowy pojawiających się na etapie realizacji umowy0umów o roboty budowlane lub prace projektowe (osoba będąca autorem lub współautorem opinii);

b) świadczenie *5 usług doradztwa prawnego w zakresie roszczeń zgłaszanych przez strony umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub prace dotyczące Projektów Infrastrukturalnych;*

c) opracowanie pięciu rekomendacji postępowania w zakresie obrony przed zgłoszonymi przeciwko klientowi roszczeniom oraz udział w obronie takiego roszczenia lub zmniejszenia jego rozmiarów (doradztwo prawne lub reprezentacja w sporze) dotyczących Projektów Infrastrukturalnych;

d) opracowanie 2 pisemnych opinii prawnych dotyczących odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 168) (osoba będąca autorem lub współautorem opinii);

e) reprezentowanie strony w pięciu sporach sądowych pomiędzy inwestorem a wykonawcą na tle realizacji umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski dotyczących Projektów Infrastrukturalnych

f) doradztwo prawne na rzecz inwestora w co najmniej dwóch procedurach dotyczących kwalifikowalności wydatków w ramach umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski lub nadzór autorski w projektach finansowanych lub współfinansowanych ze środków *pochodzących z budżetu Unii Europejskiej polegające na przygotowaniu dokumentów związanych z procedurą obejmującą nałożenie korekty finansowej przez właściwe organy, zastrzeżeniami do protokołu kontroli, odwołania do Prezesa UZP od wyników kontroli.*
Uwaga I: Zamawiający wymaga by dla każdej ze wskazanych przez Wykonawcę w ofercie usług doradztwa prawnego (świadczonych dla minimalnie 3 a maksymalnie 5 podmiotów) Wykonawca wskazał wykonanie co najmniej 2 czynności spośród określonych w pkt 8.5.1 lit. a-f powyżej (tj. np. reprezentowanie w 1 sporze sądowym) zrealizowanej w ramach tej usługi.

W pkt 8.5.3 siwz Zamawiający określił sposób oceny warunku z pkt 8.2.3 (dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), dla którego wymagane jest wykazanie się dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w postaci Zespołu Ekspertów/Specjalistów, opisane w pkt 1 i 2:

1) pięciu Ekspertów Kluczowych, z których każdy posiada co najmniej 5 lat ważne uprawnienia

do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego lub od co najmniej 5 lat posiadają prawo do świadczenia *pomocy prawnej na terenie Rzeczpospolitej Polskiej (…) oraz posiadają takie doświadczenie aby Zespół łącznie wykazywał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie w* świadczeniu *usług wsparcia prawnego na rzecz inwestora lub wykonawcy polegające na: a)(…), - i) (…).*

2) Minimalnie jednego, a maksymalnie dwóch Specjalistów dedykowanych do świadczenia *usług polegających na pełnieniu dyżurów, z których każdy: I posiada co najmniej 3 lata ważne uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata (…) oraz w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykaże się doświadczeniem w* świadczeniu *usług doradztwa prawnego na rzecz inwestora lub wykonawcy polegających na: a) (…) - d) (…).*

W pkt 19.12 siwz Zamawiający ustalił kryteria według, których oceniać zamierza oferty przypisując im wagi, odpowiednio: cena – 40%, doświadczenie wykonawcy – DW 25%, personel przeznaczony do realizacji zamówienia – PK - 35%. W pkt 19.13 opisane zostały zasady przyznawania punktów za kryterium DW, w dwóch podkryteriach, w tym dla DW 1 i DW 2. W ramach podkryterium DW przy ocenie brane ma być pod uwagę *doświadczenie wykonawcy w należytej realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, usług doradztwa prawnego na rzecz inwestora lub wykonawcy w zakresie realizacji umów zawartych z zamawiającym, o którym mowa w ustawie, według następujących kryteriów: liczba Projektów Infrastrukturalnych, dla których Wykonawca wykazał co najmniej 3 obszary doradztwa prawnego wymienionego w podkryterium (DW1), liczba usług w zakresie zastępstwa prawnego (DW2).* W podkryterium DW 1 przy ocenie brana ma być pod uwagę *liczba Projektów Infrastrukturalnych o wartości min. 15.000.000,00 PLN Brutto każda (nie więcej niż 10), dla których wykonawca wykazał spełnienie Obszarów Doświadczenia (poniżej) przy czym co najmniej 1 spośród obszarów musi dotyczyć punktów nr 1, 3 lub 5 Obszarów Doświadczenia.* W Obszarach Doświadczenia Zamawiający wskazał:

1. doradztwo prawne (co najmniej 2 pisemne opinie prawne) dotyczące możliwości udzielenia zamówień dodatkowych lub zamówień uzupełniających lub zmiany umowy oraz innych zagadnień prawnych z zakresu prawa zamówień publicznych pojawiających się na etapie realizacji umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór autorski z

zakresu Projektów Infrastrukturalnych zawartej/-ych z zamawiającym, o którym mowa w ustawie,
2. opracowania pięciu pisemnych opinii prawnych dotyczących roszczeń wykonawcy/podwykonawcy pojawiających się na etapie realizacji umowy/umów o roboty budowlane lub nadzór inżynierski realizowanych w projektach, w których umowa opiera się na warunkach kontraktowych FIDIC,
3. doradztwo prawne na rzecz inwestora w co najmniej dwóch procedurach dotyczących kwalifikowalności wydatków w ramach umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski lub nadzór autorski w projektach finansowanych lub współfinansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej dotyczących zagadnienia nałożenia korekty finansowej przez właściwe organy, zastrzeżenia do protokołu kontroli, odwołania do KIO od wyników kontroli,
4. doradztwo prawne (co najmniej 2 pisemne opinie prawne) w zakresie skorzystania przez zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wystawionego w związku z umową/umowami o roboty budowlane lub prace projektowe dla Projektów Infrastrukturalnych,
5. doradztwo prawne (co najmniej 2 pisemne opinie prawne) dotyczące problematyki rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy na roboty budowlane oparte o warunki kontraktowe FIDIC lub analogiczne lub prace projektowe lub nadzór inżynierski,
6. opracowaniu co najmniej dwóch pisemnych opinii prawnych w zakresie możliwości lub zasadności zawarcia ugody/porozumienia pomiędzy inwestorem a wykonawcą umowy wystawionych w związku z realizacji umowy/umów o roboty budowlane lub prace projektowe lub nadzór inżynierski.

Poniżej, w tabeli Zamawiający określił liczbę punktów możliwą do przyznania w ramach jednego Projektu Infrastrukturalnego w zależności od wykazanej ilości Obszarów Doświadczenia, wskazując odpowiednio 15 pkt (wskazanie wszystkich 6 obszarów); 10 pkt

(wskazanie pięciu Obszarów spośród oznaczonych numerami 1-6); 7 pkt (wykazania czterech Obszarów spośród oznaczonych numerami 1-6); 5 pkt (wykazania trzech Obszarów spośród oznaczonych numerami 1-6); 3 pkt (wykazania dwóch Obszarów spośród oznaczonych numerami 1-6, w tym co najmniej jednego oznaczonego numerami 1-3); 1 pkt (wykazania jednego Obszaru spośród oznaczonych numerami 1-6), 0 pkt (w przypadku wykazania innej kombinacji obszarów Doświadczenia niż wykazane powyżej. Pod tabelą Zamawiający zastrzegł, iż w *przypadku wykazania dwa razy tego samego Obszaru Doświadczenia w ramach jednego projektu Infrastrukturalnego, Wykonawca otrzyma 0,0 pkt.*

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut naruszenia art. 82 ust. 1 Ustawy w związku z dokonaną w dniu 29.03.2016 r. modyfikacją postanowień 12.1 siwz, co czyniło bezpodstawnym dalsze jego omawianie.

Mając na uwadze przywołaną powyżej treść siwz, stanowiska stron i uczestnika prezentowane na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie, Izba zważyła.
Odwołanie podlega uwzględnieniu z uwagi na zasadność części z podniesionych zarzutów. Izba na podstawie art. 192 ust. 7 Ustawy związana jest zakresem zarzutów, który wyznacza podstawa faktyczna, jaką w niniejszej sprawie stanowiły kwestionowane postanowienia siwz, do których odnosi się rozstrzygnięcie Izby. Wprawdzie Odwołujący wskazując na konkretne zapisy siwz pominął w podstawie faktycznej treść ogłoszenia (analogiczną w części dotyczącej brzmienia warunków udziału w postępowaniu), to zdaniem Izby nie stanowi to przeszkody formalnej dla rozstrzygnięcia, czy w postępowaniu nie doszło do naruszenia norm, w szczególności dotyczących opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ewentualne stwierdzenie, że zapisy siwz wymagają modyfikacji oznaczać będzie jednocześnie, że analogiczne postanowienia ogłoszenia również nie mogą ostać się w dotychczasowym kształcie i wymagają zmiany, tak aby informacje zawarte w dokumentacji postępowania były spójne i jednoznaczne. W szczególności jest to istotne dla uniknięcia dalszych negatywnych konsekwencji dla wyniku postępowania, w tym oceny ofert, przygotowanych w oparciu o informacje wprowadzające w błąd potencjalnych wykonawców, którzy na podstawie samej treści ogłoszenia mogą podejmować decyzje co do udziału w postępowaniu wynikające z ustalenia, czy spełniają warunku ubiegania się o zamówienie. Zatem, pomimo braku objęcia odwołaniem czynności ogłoszenia o zamówieniu, przy stwierdzeniu uchybień Zamawiającego w ustaleniu treści siwz, stanowiącej powtórzenie zapisów z ogłoszenia, rozstrzygnięcie Izby dotyczące tożsamych postanowień należy odnieść również do treści ogłoszenia. W świetle powyższego, przy nakazanej zmianie ustalonych zasad oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien również dokonać odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu.
Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Ustawy oraz art. 22 ust. 4 w zw z art. 7 ust. 1 Ustawy – Izba uwzględniła.
W zakresie wiedzy i doświadczenia zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły części opisu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 8.5.2 siwz, w którym Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się usługą doradztwa prawnego świadczonej dla minimum 3 podmiotów, które to ograniczenie nie ma uzasadnienia dla dokonania weryfikacji doświadczenia podmiotu, identyfikowanego przez zakres czynności,

jakie łącznie miały obejmować usługi, określony w literach od a do f. Ponadto, dotycząca tego warunku uwaga I czynić ma niejednoznacznym sposób oceny spełnienia warunku, gdyż Zamawiający wymaga by dla każdej ze wskazanych w ofercie usług doradztwa prawnego (świadczonych dla minimalnie 3 podmiotów) wskazane zostały co najmniej 2 czynności spośród określonych w lit. a-f (tj. np. reprezentowanie w 1 sporze sądowym) zrealizowane w ramach tej usługi. Odwołujący wywodził, iż uwaga wprowadza ograniczenie dotyczące ilości umów na podstawie których świadczone miały być usługi.
Izba ustaliła, iż wymaganie dotyczące minimalnej ilości podmiotów na rzecz, których miały być świadczone usługi doradztwa prawnego w zakresie odpowiadającym wymienionym w literach a-f czynnościom – minimum 3, zostało wskazane w pkt 8.5.2 siwz oraz pkt III.2.3

ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. Wymóg ten został powtórzony przez Zamawiającego w uwadze I. Odwołujący nie kwestionował wprowadzonego ograniczenia dotyczącego maksymalnej liczby podmiotów na rzecz których usługi miały być wykonana (pięciu), ani łącznej wartości usług (800.000,00 PLN), czy też zakresu rzeczowego czynności, jakie miały łącznie obejmować usługi doradztwa prawnego (wymienione w lit. a-f). Zasadniczo argumentacja Odwołującego sprowadzała się do wykazania braku celowości żądania, aby usługi odpowiadające pod względem wartości łącznej oraz zakresu rzeczowego czynności, były świadczone na rzecz co najmniej trzech różnych podmiotów.
Na wstępie dalszych rozważań należy odnieść się do samej normy prawnej, w której naruszeniu Odwołujący upatruje uchybień Zamawiającego.
Art. 22 ust. 4 Ustawy wymaga, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 związany był z przedmiotem zamówienia oraz był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ocena warunku pod kątem jego związku z przedmiotem zamówienia nie powinna nastręczać większych kłopotów, gdyż ustawa nie wprowadza ocennych pojęć, jak ma to miejsce w przypadku oceny proporcjonalności z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby, powiązanie warunku z przedmiotem zamówienia wymaga uwzględnienia jego zakresu rzeczowego, tak aby Zamawiający mógł ocenić, czy wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Nie związanym z przedmiotem zamówienia byłoby zatem takie ustalenie warunku, które nawet w niewielkim stopniu odbiegałoby od przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Wymaganie wykraczające poza przedmiot zamówienia nie może służyć ocenie możliwości wykonawcy z punktu widzenia ustalenia koniecznych dla danego zamówienia właściwości i może być ocenione wyłącznie jako nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest usługa doradztwa prawnego na potrzeby wsparcia zadań inwestycyjnych, jakie Zamawiający będzie realizował w latach 2014-2020, finansowanych z środków Unii Europejskiej (POIiŚ i CEF). Nie może

budzić wątpliwości, iż wymaganie doświadczenia w doradztwie prawnym wprost odnosi się do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby, ocena dopuszczalności żądania wykazania się doświadczeniem w świadczeniu usług doradztwa prawnego dla minimalnie 3 podmiotów przenosi tą ocenę na inny poziom, tj. zachowania proporcjonalności z przedmiotem zamówienia. Wytycznych dla tej oceny należy poszukiwać w orzecznictwie krajowym, a także Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Analiza ta była przedmiotem rozważań Izby między innymi w wyroku z 23 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1240/15, w którym odwołując się do tez zawartych w wyroku ETS z 27 października 2005 r. w sprawie sygn. akt C-234/03 Conse i inni przeciwko Ignesa, wskazane zostało, iż *wymóg musi być odpowiedni dla osiągnięcia wyznaczonego celu i nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia. Przytaczane wytyczne definiują tym samym pojęcie „proporcjonalności" warunku do przedmiotu zamówienia.*
Należy podzielić powyższe stanowisko, a przenosząc je na stan faktyczny niniejszej sprawy koniecznym stało się ustalenie, czy żądanie doświadczenia w świadczeniu usług na rzecz minimum 3 podmiotów jest niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest potwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.
W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wykazał zasadności zróżnicowania oceny doświadczenia tożsamo zgodnego pod względem czynności wymaganych w lit a-f, wyłącznie z uwagi na ilość podmiotów, dla których usługi były świadczone. Faktycznie nie miało znaczenia dla Zamawiającego z jakiej branży podmioty miały być odbiorcami usług doradztwa prawnego, a jedynym argumentem podniesionym na rozprawie była możliwości oceny operatywności i sprawności w obsłudze kilku podmiotów, przy czym, każda z usług mogła być świadczona w ramach odrębnej umowy. Ocena proporcjonalności warunku nie może być oderwana od zakresu przedmiotu zamówienia – usługi doradztwa prawnego, który w niniejszym stanie faktycznym faktycznie zawierał się w opisie wymaganych czynności oraz celu, jakiemu służyć ma ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający poza odwołaniem się do znaczenie inwestycji kolejowych, których dotyczyć ma obsługa prawna objęta zamówieniem, a także dotychczasowego doświadczenia wskazującego na uchybienia do jakich dochodziło po stronie wykonawcy świadczącego obsługę prawną, nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu dla uznania wymagania za proporcjonalne. Zdaniem Zamawiającego doświadczenie w obsłudze prawnej na rzecz co najmniej trzech

podmiotów daje większą pewność, że podmioty które będą ubiegały się o to zamówienie, mają szerszy zakres doświadczenia, wykażą się operatywnością i sprawnością. W tym stwierdzeniu faktycznie zawiera się uzasadnienie Zamawiającego potrzeby utrzymania minimalnej liczby podmiotów, tj. trzech, na rzecz których miały być świadczone usługi doradztwa prawnego. Izba uznała, iż nie ma uzasadnienia do rozróżniania zdobytego

doświadczenia i wiedzy wyłącznie z uwagi na ilość podmiotów narzuconą przez Zamawiającego, nie wpływającą na zakres wymaganych czynności opisanych w lit. a- f. Zamawiający takiego związku nie wykazał, a w ocenie Izby ograniczenie wynikające z wymaganej ilości podmiotów faktycznie uniemożliwi ubieganie się o zamówienia tym wykonawcom, którzy dotychczas wykonali nawet kilka usług w zakresie zgodnym z opisem czynności, ale na rzecz tego samego podmiotu, np. Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił w jaki sposób doświadczenie zdobyte na rzecz kilku różnych podmiotów w ramach oddzielnych umów, niezależnie od ich specyfiki, branży, podnosić ma walor doświadczenia przedmiotowo tożsamego z czynnościami wymaganymi w siwz. Należy również zauważyć, iż przedmiot zamówienia świadczony ma być na rzecz Zamawiającego, w ramach obsługi i wsparcia prawnego zadań realizowanych w ramach projektów kolejowych, a nie na rzecz różnych podmiotów, co ewentualnie mogłoby czynić celowym sprawdzenie operatywności i zdolności jednoczesnej obsługi kilku podmiotów.
Odnosząc się do uwagi I, zawierającej powtórzony wymóg wykonania usługi na rzecz co najmniej 3 podmiotów, w świetle wskazanych powyżej motywów, również nie może być ona oceniona jako prawidłowa w świetle reguł opisu warunków udziału w postępowaniu. Izba wprawdzie nie przychyliła się do argumentu Odwołującego, jakoby z uwagi wynikało oczekiwanie, aby usługa była świadczona w ramach jednej, czy też kilku umów (w ogóle do tego elementu Zamawiający się nie odniósł), natomiast zasadnym były zastrzeżenia co do jednoznaczności sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający sam przyznał na rozprawie, iż wskazany w uwadze I przykład czynności – reprezentowania w 1 sporze sądowym, odbiega od zakresu czynności opisanych w lit. e – reprezentowania strony w pięciu sporach sądowych pomiędzy inwestorem a wykonawcą (…). Skoro Zamawiający wymaga wskazania dla każdej usługi doradztwa prawnego co najmniej 2 czynności spośród określonych w pkt 8.5.2 (omyłkowo w siwz wskazano pkt 8.5.1) lit. a-f, to czynnością zgodną z wskazanym w lit. e zakresem, będzie wyłącznie reprezentacja co najmniej w pięciu sporach sądowych, co wymagać będzie wskazania jeszcze jednej spośród wymienionych w lit. a-f (z wyłączeniem e). Porównanie zatem treści warunku z uwagą I wprowadza niejednoznaczność w ustaleniu zakresu czynności wymaganych dla każdej z usług wskazanych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W kontekście uwagi I nie jest jednoznaczne przypisanie samodzielnego znaczenia, jako jednego z działań, czynnościom reprezentowania w sporze sądowym, jak również jednoznaczne ustalenie koniecznej ilości sporów. Dopiero wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku rozprawy w części rozwiewały wątpliwości Odwołującego i Przystępującego, co do możliwości sumowania poszczególnych czynności z różnych usług, tak aby sumarycznie uzyskać ilości opinii, reprezentacji i doradztwa obejmujących łącznie wszystkie czynności i ich ilości wymienione w pkt a-f. Izba uznała, iż wyjaśnienia te były konieczne dla ustalenia w jaki

sposób Zamawiający zamierza ocenić doświadczenie wykonawcy, a zatem zachodzi konieczność uzupełnienia postanowień siwz, tak aby inni wykonawcy (nie uczestniczący w postępowaniu odwoławczym) mogli w sposób jednoznaczny ustalić czego oczekuje Zamawiający i w jaki sposób można wykazać się doświadczeniem na potrzeby tego zamówienia.
W świetle powyższego koniecznym jest dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści siwz w taki sposób, aby ocena doświadczenia nie była uzależniona od ilości podmiotów – odbiorców usług (minimum 3), a także doprecyzowanie w uwadze I sposobu, w jaki wykonawcy mogą wykazać się co najmniej 2 spośród wymienionych wcześniej czynnościami, co wymaga jednoznacznego określenia, czy dopuszczalne jest sumowanie ilości poszczególnych czynności świadczonych w ramach różnych usług. Ponieważ Izba nie

jest uprawniona do redagowania sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co należy do wyłącznej kompetencji Zamawiającego jako odpowiedzialnego za wydatkowanie środków publicznych, przy uznaniu, iż obecna treść siwz narusza przepisy Ustawy, zobowiązania jest do wskazania elementu, który czyni warunek niedopuszczalnym, pozostawiając Zamawiającemu możliwość samodzielnej modyfikacji wymagań.
Izba uznała, iż zastrzeżenia, jakie Odwołujący zgłaszał wobec zakresu czynności opisanych w lit. e) nie zasługują na uwzględnienie. Argumentacja Odwołującego, oparta na stwierdzeniu, że Zamawiający wymaga, aby reprezentacja w pięciu sporach sądowych była objęta jedną umową (usługą), odbiega od brzmienia warunku, w którym Zamawiający nie narzucił i nie ograniczył liczby umów, w ramach których miały być realizowane wszystkie czynności z opisanych w pkt a-f. Dotyczy to również reprezentowania w sporach sądowych, które może być objęte odrębnymi umowami, w ramach świadczenia obsługi prawnej. Odwołujący na rozprawie nie rozwinął swojej argumentacji pomimo, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na brak sformułowania w siwz oczekiwania, aby wszystkie rodzaje usług były realizowane na podstawie jednej umowy.

W zakresie warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 8.5.3 siwz) Odwołujący kwestionował wprowadzenie warunku posiadania przez co najmniej 5 lat (pkt 1) oraz co najmniej 3 lat (pkt 2) ważnych uprawnień do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, jako istotnego dla oceny doświadczenia w świadczeniu usługi polegającej na wykonywaniu czynności szczegółowo opisanych w lit. a-i (pkt 1) oraz a-d (pkt 2).
Zamawiający wprowadził wymóg posiadania uprawnień zawodowych przez adwokatów i radców prawnych w wymaganym okresie czasu obok opisu doświadczenia wynikającego z

zakresu czynności polegających na opracowywaniu opinii prawnych w zakresie szczegółowo opisanym oraz reprezentowaniu w danym rodzaju spraw oraz doradztwie.
Izba uznała, iż wymaganie związane z okresem w jakim Kluczowi Eksperci i Specjaliści mają posiadać uprawnienia zawodowe, stanowi wymóg nieproporcjonalny z tego powodu, że z samego faktu posiadania uprawnień nie można wywodzić, że osoba w tym okresie rzeczywiście wykonywała usługi wsparcia prawnego, w szczególności w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Izba nie kwestionuje samego żądania, aby osoby mające pełnić obsługę prawną posiadały ważne uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, jednak ocena doświadczenia, faktycznie odnoszona do wymienionych enumeratywnie czynności, w połączeniu z okresem posiadanych uprawnień prowadzi do ograniczenia konkurencji w ten sposób, iż wyklucza z grona osób zdolnych do wykonania zamówienia osoby posiadające uprawnienia oraz mające doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie pierwszego z zarzutów wskazał, że *zamówienie ma być realizowane nie przez kogokolwiek posiadającego określone uprawnienia, ale wykonawcę posiadającego odpowiednie uprawnienia, umiejętności i doświadczenie, czego odwołujący wydaje się nie rozumieć, jeśli poważnie traktować twierdzenie,* że *sam fakt posiadania uprawnień jest równoznaczny z posiadaniem doświadczenia, w* świadczeniu *doradztwa prawnego.* Wypowiedź ta w zasadzie oddaje sens zarzutu Odwołującego, który kwestionuje dopuszczalność weryfikacji przygotowania zawodowego osób mających takie same uprawnienia (odpowiednie pod względem przedmiotu zamówienia) w oparciu o okres w jakim zdobyły uprawnienia, który nie może być utożsamiany z oceną posiadanego doświadczenia z zakresu doradztwa prawnego. Zamawiający wyjaśnił, iż oczekiwał, aby eksperci posiadali nie tylko doświadczenie odpowiadające opisanym w siwz czynnościom wsparcia prawnego, ale także wykonywali czynności w zadanym okresie, jako adwokat lub radca prawny. W ocenie Izby, nie jest dopuszczalnym prowadzenie oceny doświadczenia przez pryzmat czasu w jakim osoba zdobyła uprawnienia zawodowe. Rację ma Odwołujący, iż samo ustalenie kiedy dana osoba zdobyła uprawnienia zawodowe nie jest jeszcze wyznacznikiem momentu, od którego mogła zdobyć doświadczenie w świadczeniu usługi mieszczącej się w zakresie wsparcia prawnego wyspecyfikowanego przez Zamawiającego. Nie można również wykluczyć, iż posiadając uprawnienia zawodowe osoba wpisana na listę adwokatów lub radców prawnych nie świadczy pomocy prawnej. W ocenie Izby błąd Zamawiającego wynikał z połączenia oceny niezależnych od siebie i różnych elementów, tj. faktu posiadania uprawnień oraz zdobytego

doświadczenia. Gradacja identycznych uprawnień w oparciu o kryterium czasu, w ocenie Izby jest nieproporcjonalna do celu, tj. ustalenia, że osoba mająca realizować zamówienie jest do tego profesjonalnie przygotowana. Odrębnym elementem oceny jest ustalenie, czy

doświadczenie jakie ona posiada będzie wystarczające dla prawidłowego wykonania zamówienia. Wystarczającym i proporcjonalnym dla oceny przygotowania zawodowego oraz praktycznych umiejętności jest żądanie posiadania uprawnień zawodowych łącznie z wymaganym doświadczeniem, bez narzucenia cezury czasowej posiadania tych uprawnień. W świetle powyższego koniecznym jest modyfikacja warunku w taki sposób, aby samo okres posiadania uprawnień nie stanowił przeszkody dla osób z uprawnieniami, posiadającymi wymagane doświadczenie w świadczeniu usługi wsparcia prawnego w zakresie rzeczowym odpowiadającym wypunktowanym czynnościom.
Izba oddaliła zarzut dotyczący redakcji wymagania dotyczącego reprezentowania strony w sporach związanych z egzekwowaniem należności wynikających z zabezpieczenia należytego wykonywania umowy, który ma charakter formalny (pkt 8.5.3 pkt 1 lit h). Odwołujący jako profesjonalista prawidłowo zinterpretował rzeczywisty charakter spraw, nie kwestionując celowości żądania doświadczenia w dochodzeniu roszczeń związanych z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Ewentualna niedokładność w opisie czynności nie wymaga zmiany merytorycznej i może być przez profesjonalistów właściwie zinterpretowana. Zamawiający dopuścił się również innych niedokładności w opisie czynności, które nie budziły zastrzeżeń Odwołującego (np. *odwołanie do KIO od wyników kontroli* – w Obszarze Doświadczeni nr 3, *odwołania do Prezesa UZP od wyników kontroli – pkt 8.5.2* lit. f), co wskazuje, że nie wszystkie potknięcia redakcyjne Zamawiającego uzasadniają stwierdzenie, iż doszło do naruszenia przepisów Ustawy.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 Ustawy Izba uwzględniła.
Odwołujący kwestionował wskazaną w pkt 19.13 siwz podstawę do nie przyznania punktów za rzeczywiste doświadczenie wykonawcy (DW1) – *w przypadku wykazania dwa razy tego samego Obszaru Doświadczenia w ramach jednego Projektu Infrastrukturalnego, Wykonawca otrzyma 0,0 pkt.*
Zamawiający ustalił w siwz zasady przyznawania punktów w podkryetrium DW1 (możliwych do uzyskania maksymalnie 25 pkt), uzależnione od ilości wykazania dla jednego Projektu Infrastrukturalnego Obszarów Doświadczenia opisanych w pkt 1-6. Każdy z Obszarów Doświadczeń dotyczy różnego zakresu opinii prawnych i doradztwa prawnego.
Zdaniem Zamawiającego, zastrzeżenie braku przyznania punktów w przypadku powielenia Obszaru Doświadczenia, ma doprowadzić do obiektywnego wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle ustalonych reguł (odpowiedź na odwołanie, str. 6). Zamawiający chciał uniknąć potrzeby decydowania, w jaki sposób ocenić projekt zawierający powielony Obszar Doświadczenia, gdyż ilość punktów została uzależniona od ilości Obszarów wykazanych dla danego Projektu Infrastrukturalnego.

Uwzględniając przyjęty w siwz sposób oceny ofert w kryterium DW1, Izba uznała, że utrzymanie kwestionowanego zapisu stwarzałoby warunki do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i prowadziłoby do wypaczenia oceny oferty w podkryterium DW1. Skoro Zamawiający ustalił, iż oceniana i punktowana będzie ilość wykazanych Obszarów Doświadczenia zidentyfikowanych rodzajowo, jak i ilościowo w ramach danego Projektu Infrastrukturalnego, to przyczyna braku przyznania punktów nie może być oderwana od celu tej oceny. Celem oceny jest ustalenie w ilu obszarach w ramach danego Projektu wykonawca zdobył doświadczenie, co wykonawca jest zobowiązany wykazać w załączniku nr 5 do siwz – wykazie wykonanych głównych usług. Przyjmując zatem, że wykonawca powieli dany obszar (np. wykaże że sporządził cztery, a nie dwie opinie w tematyce związanej z danym Obszarem Doświadczenia), nie wpłynie to na stwierdzenie, że zdobył doświadczenie w tym konkretnym obszarze (jednym z sześciu). Izba uznała, iż obawy Zamawiającego dotyczące rozstrzygania ile faktycznie obszarów zostało wykazanych nie mogą uzasadniać odstępstwa od ustalonych zasad oceny, związanych z rzeczywistą ilością

obszarów wykazanych, spośród oznaczonych numerami 1-6. Skoro Zamawiający będzie w stanie stwierdzić, że doszło do powielenia Obszaru Doświadczenia, to również będzie w stanie stwierdzić, że doświadczenie wykonawca w tym zakresie posiada i na tej podstawie powinien przyznać odpowiednią ilość punktów (wg tabeli). Odmowa przyznania adekwatnej do ilości Obszarów punktów, prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nie przekonuje argumentacja Zamawiającego, w której wskazywał na potrzebę uniknięcia sytuacji, w której to Zamawiający musiałby zdecydować jaką ilość punktów przyznać, gdyby dany Obszar został zdublowany. Przede wszystkim należy zauważyć, iż ustalone w tabeli zasady przyznania punktów nie budzą wątpliwości i są precyzyjne, gdyż odwołują się do ilości obszarów (od 1 do 6), która jest możliwa do zidentyfikowania przez Zamawiającego na podstawie wypełnionego załącznika nr 5 do siwz. Ewentualne powielenie Obszarów i wskazanie przykładowo łącznie 10 (zgodnie z przykładem Zamawiającego), nie będzie mogło doprowadzi do przyznania większej ilości punktów niż przewidzianych w tabeli.
W związku z powyższym Izba uznała, iż zachodzi konieczność usunięcia kwestionowanej podstawy do przyznania 0 pkt, przy obecnym kształcie zasad oceny ofert w podkryterium DW1.

W związku z powyższym Izba na podstawie art. 192 ust 1 Ustawy uwzględniła odwołanie.

Sygn. akt: KIO 432/16 18

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. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis (15.000,00 zł) oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (3.600,00 zł) oraz koszty dojazdu (wg rozliczenia – 529,88 zł) i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 432/16 19