Sygn. akt: KIO 1092/12
Sygn. akt: KIO 1103/12

WYROK
z dnia 12.06.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11.06.2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **28.05.2012 r.** przez wykonawcę **Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1092/12)
B. w dniu **28.05.2012 r.** przez wykonawcę **Wardyński i Wspólnicy sp. k., al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1103/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE EJ1 Sp. z .o.o. w Warszawie ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa działające w imieniu i na rzecz: PGE EJ1 Sp. z o.o. oraz PGE Energia Jądrowa SA, ul Mysia 2, 00-496 Warszawa, adres do korespondencji: PGE EJ1 Sp. z o.o., ul. Mokotowska 49, 00-542 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Wardyński i Wspólnicy sp. k., al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa** oraz **Domański Zakrzewski Palinka sp. k., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1092/12** po stronie zamawiającego
B. wykonawcy **Domański Zakrzewski Palinka sp. k., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1103/12** po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Części II, w ramach której, nakazuje ponowną ocenę oferty Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K. z uwzględnieniem doświadczeń Odwołującego Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K. zgodnie z kryterium 2 (potencjał kadrowy) ponad wymaganie niezbędne dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;
1B. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Części II, w ramach której, nakazuje ponowną ocenę oferty Wardyński i Wspólnicy sp. k. z uwzględnieniem doświadczeń Odwołującego Wardyński i Wspólnicy sp. k. zgodnie z kryterium 2 (potencjał kadrowy) ponad wymaganie niezbędne dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;

2. kosztami postępowania obciąża **PGE EJ1 Sp. z .o.o. w Warszawie ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa działające w imieniu i na rzecz: PGE EJ1 Sp. z o.o. oraz PGE Energia Jądrowa SA, ul Mysia 2, 00-496 Warszawa, adres do korespondencji: PGE EJ1 Sp. z o.o., ul. Mokotowska 49, 00-542 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** i **Wardyński i Wspólnicy sp. k., al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **PGE EJ1 Sp. z .o.o. w Warszawie ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa działające w imieniu i na rzecz: PGE EJ1 Sp. z o.o. oraz PGE Energia Jądrowa SA, ul Mysia 2, 00-496 Warszawa, adres do korespondencji: PGE EJ1 Sp. z o.o., ul. Mokotowska 49, 00-542 Warszawa** kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy)
w tym:

A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Wardyński i Wspólnicy sp. k., al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1092/12
Sygn. akt: KIO 1103/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Świadczenie usług doradztwa prawnego przy realizacji programu budowy elektrowni jądrowych w Polsce w latach 2011-2015”* (znak postępowania 7/P/EJ1/2011), zostało wszczęte przez PGE EJ1 Sp. z .o.o. w Warszawie ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa działające w imieniu i na rzecz: PGE EJ1 Sp. z o.o. oraz PGE Energia Jądrowa SA, ul Mysia 2, 00-496 Warszawa, adres do korespondencji: PGE EJ1 Sp. z o.o., ul. Mokotowska 49, 00-542 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym”,* ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 201-327690 z 19.10.2011 r.

W dniu 18.05.2012 r. Zamawiający przesłał (e-mailem) informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. II – firmy: Domański Zakrzewski Palinka sp. k., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zwany dalej: *„Domański Zakrzewski Palinka sp. k.”* albo *„Przystępującym do sprawy o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz o do sprawy sygn. akt: KIO 1103/12”,* druga pozycje w rankingu złożonych ofert zajęło Wardyński i Wspólnicy sp. k., al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa zwane dalej: *„Wardyński i Wspólnicy sp. k.”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12”,* zaś trzecią pozycje firma: Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa zwana dalej: *„Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k.”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12..*

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12 - Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k.:

W dniu 28.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k. wniosła na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 18.05.2012 r. (cz. II) Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do

Zamawiającego).Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z PZP i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: *„SIWZ",* a polegających na dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego, przez nieprzyznanie jakichkolwiek

---

z możliwych do uzyskania 30 pkt za potencjał kadrowy, co przewiduje pkt 14.1 SIWZ w zw. z pkt 14.2 SIWZ, a w zw. z tym zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i wnosił o:

1. dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem zastrzeżeń powołanych w uzasadnieniu poniżej oraz
2. uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Określony przez Zamawiającego na potrzeby postępowania SIWZ, przewiduje w pkt. 14.1 (str. 40 SIWZ), że ocena ofert będzie oparta o dwa kryteria: cenę oraz potencjał kadrowy, przy czym za potencjał kadrowy uczestnik Postępowania może uzyskać maksymalnie 30 pkt. Zgodnie z pkt 14.2 kryterium nr 2 - Potencjał kadrowy (str. 42 i 43 SIWZ), Zamawiający jest obowiązany przyznać po dwa punkty za wykazanie, że osoby przewidziane na stanowiska Starszy Prawnik ENG, Starszy Prawnik PL, przy realizacji części IIA i IIB, wykażą się doświadczeniem przy realizacji Usługi Prawnej w rozumieniu SIWZ ponad minimum wymaganym przez SIWZ. Zamawiający miał przyznać po 2 pkt za każde dodatkowe doświadczenie, lecz nie więcej niż 30 pkt łącznie. W złożonej przez Odwołującego w dniu 06.12.2011 r. ofercie przedstawiono doświadczenia osób wskazanych na powyższe stanowiska, w tym doświadczenia dodatkowe spełniające kryteria przedstawione w SIWZ. W rozumieniu kryteriów oceny zawartych w SIWZ Odwołujący powinien otrzymać punkty za doświadczenia następujących prawników:

a) Starszy Prawnik PL dla części IIA (Załącznik Nr 3.II.A.SPPL. do SIWZ stanowiący część oferty - poz. nr 3 tabeli, str. 124 oferty: 10 dodatkowych doświadczeń, czyli 20 pkt.
b) Starszy Prawnik ENG dla części IIB (Załącznik Nr 3.II.B.SPE. do SIWZ stanowiący część oferty - poz. nr 3 tabeli, str.148 oferty): 2 dodatkowe doświadczenia, czyli 4 pkt.
c) Starszy Prawnik PL dla części IIB (Załącznik Nr 3.II.B.SPPL. do SIWZ stanowiący część oferty - poz. nr 4 tabeli, str.157 oferty): 6 dodatkowych doświadczeń, czyli 12 pkt.

W sumie za przedstawione doświadczenia Odwołujący zbiera 36 pkt, czyli zgodnie z SIWZ powinien otrzymać maksymalną liczbę 30 pkt w ramach Kryterium nr 2 - potencjał kadrowy.

W piśmie z dnia 18.05.2012 r. - Informacja o wynikach postępowania - dotyczy cz. II, Zamawiający nie dokonał żadnych wyjaśnień, dlaczego nie przyznał Odwołującemu żądnych punktów za potencjał kadrowy. Z powyższych przyczyn Odwołujący nie jest w stanie przeprowadzić polemiki z decyzją Zamawiającego o nie przyznaniu mu punktów za potencjał kadrowy. Składając Zamawiającemu swoją ofertę, Odwołujący złożył oświadczenie woli, które swoją treścią obejmowało także wskazanie, że osoby wskazane do pracy na stanowiskach Starszy Prawnik PL dla cz. IIA i IIB oraz Starszy Prawnik ENG dla cz. IIA posiadają doświadczenie zawodowe pozwalające na uzyskanie dodatkowych punktów za potencjał kadrowy. Odwołujący przedstawił wyczerpujące opisy tych dodatkowych

---

doświadczeń w sposób przewidziany w SIWZ, czyli umieścił te opisy w tabelach według wzorów przygotowanych przez Zamawiającego dla każdej z osób, która mogła uzyskać dodatkowe punkty. Wzór tabeli stanowi część SIWZ. Tabele te zawierają wydzielone części, w których umieszcza się doświadczenia poszczególnych osób ponad wymagane przez SIWZ minimum w celu uzyskania dodatkowych punktów za potencjał kadrowy.

Dane podane w powyższych tabelach zostały zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępnione innym stronom niż zamawiający i KIO. Wypełnienie tabeli i podpisanie w sposób zgodny z reprezentacją Zamawiającego zarówno oferty, jak i poszczególnych tabel stanowiących jej integralną część, jest oświadczeniem woli Odwołującego zapewniającym, że każde ze wskazanych w tych tabelach doświadczeń stanowi Usługę Prawną zgodnie ze znaczeniem nadanym temu pojęciu przez SIWZ. Każda z wymienionych w tych tabelach pozycji jest Usługą Prawną: *„zaakceptowaną i opłaconą usługą, wykonaną na rzecz klienta, przez Wykonawcę lub Starszego Prawnika lub Prawnika, a polegającą na przygotowaniu projektu umowy lub finalnej wersji umowy lub reprezentacji klienta, która doprowadziła do uzyskania przez klienta decyzji administracyjnej*

(w tym decyzji regulatorów), wymagającą dla jej świadczenia biegłej znajomości Prawa Polskiego lub Prawa Międzynarodowego" (pkt 5.2.1 SIWZ - Definicje pkt 14 powtórzone definicje przy każdej z załączonych tabeli).

Wszystkie Usługi Prawne powołane w tabeli spełniały wymagania definicji Usługi Prawnej i powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego w procesie oceny oferty Odwołującego. Zamawiający uwzględnił zawarte w tych samych tabelach opisy Usług Prawnych, które miały charakter czynności formalnych dla przyjęcia oferty Odwołującego. Świadczy o tym dokonanie oceny oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający winien przydzielić Odwołującemu 30 dodatkowych punktów za potencjał kadrowy w miejsce 0 pkt. Łącznie Zamawiający powinien był przyznać Odwołującemu 87,87 pkt, co daje o 10,18 pkt więcej niż oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący zastrzegł sobie prawo do wniesienia dodatkowych wyjaśnień i załączenia dodatkowych dowodów po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego co do przyczyn pozbawienia Odwołującego dodatkowych punktów.

Zamawiający w dniu 29.05.2012 r. wezwał e-mailem i przesłał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Wardyński i Wspólnicy sp. k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 01.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Domański Zakrzewski Palinka sp. k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12 - Wardyński i Wspólnicy sp. k.:

W dniu 28.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Wardyński i Wspólnicy sp. k. wniosła na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 18.05.2012 r. (cz. II). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędne zastosowanie kryterium nr 2 (potencjał kadrowy) określonego w SIWZ (str. 42,43) i w rezultacie nieprzyznanie Wykonawcy należnych punktów za kryterium nr 2 (potencjał kadrowy), co doprowadziło do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Wykonawca wnosił o: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II; b) ponowną ocenę oferty Wykonawcy w zakresie Części II z uwzględnieniem doświadczeń Wykonawcy ponad wymagania określone w SIWZ zgodnie z kryterium nr 2 (potencjał kadrowy) oraz przyznanie punktów za rzeczone doświadczenia; c) wybór oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Wykonawca wnosił również o: d) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Wykonawca w dniu 06.12.2011 r. złożył ofertę w ramach postępowania. Wykonawca na wezwania Zamawiającego trzykrotnie modyfikował ofertę, m. in. pismem z dnia 25.01.2012 r. Pismem z dnia 18.05.2012 r. dostarczonym tego samego dnia Zamawiający

ogłosił wyniki Części II rzeczonego postępowania. Wykonawca nie został wykluczony z postępowania, a jego oferta podlegała ocenie, jednakże nie uzyskała żadnego punktu za kryterium nr 2 (potencjał kadrowy). Jednakże, Wykonawca wskazał w ofercie doświadczenia, które zgodnie z SIWZ (str. 42, 43) powinny uzyskać punkty za kryterium nr 2 (potencjał kadrowy).

W załączniku nr 3.II.A.SPPL (Tomasz Zasacki) Wykonawca wskazał dla Starszego Prawnika PL w części IIA dwie Usługi Prawne ponad wymaganie określone w pkt. 5.2.2.2.b.2).2.c. SIWZ. Opisy rzeczonych doświadczeń (str. 178 i 179 oferty) po ich modyfikacji przez Wykonawcę pismem z dnia 25.01.2012 r. obejmują wszystkie informacje niezbędne do przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy).

W załączniku nr 3.II.A.SPE (George Borovas) Wykonawca wskazał dla Starszego Prawnika ENG w części IIA cztery Usługi Prawne ponad wymaganie określone w pkt. 5.2.2.2.b.2).l.f. SIWZ. Opisy rzeczonych doświadczeń (str. 190 i 191 oferty) po modyfikacji przez Wykonawcę pismem z dnia 25.01.2012 r. (str. 4) opisu doświadczenia z pkt. 1 oraz przy uwzględnieniu stosownych oświadczeń podwykonawcy Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP załączonych do pisma Wykonawcy z dnia 25.01.2012 r. obejmują wszystkie informacje niezbędne do przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy).

W załączniku nr 3.II.B.SPPL (Jan Nowicki) Wykonawca wskazał dla Starszego Prawnika PL w części IIB trzy Usługi Prawne ponad wymaganie określone w pkt. 5.2.2.2.b.3).2.d. SIWZ. Opisy rzeczonych doświadczeń (str. 240 i 241 oferty) po ich modyfikacji przez Wykonawcę pismem z dnia 25.01.2012 r. obejmują wszystkie informacje niezbędne do przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy).

W załączniku nr 3.II.B.SPPL (Wojciech Wądołowski) Wykonawca wskazał dla Starszego Prawnika PL w części IIB jedną Usługę Prawną ponad wymaganie określone w pkt. 5.2.2.2.b.3).2.d. SIWZ. Opis rzeczonego doświadczenia (str. 249 oferty) po jego modyfikacji przez Wykonawcę pismem z dnia 25.01.2012 r. obejmuje wszystkie informacje niezbędne do przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy).

W załączniku nr 3.II.B.SPE (John H. 0'Neill) Wykonawca wskazał dla Starszego Prawnika ENG w części IIB dwie Usługi Prawne ponad wymaganie określone w pkt. 5.2.2.2.b.3).l.d. SIWZ. Opisy rzeczonych doświadczeń (str. 229 i 230 oferty) przy uwzględnieniu stosownych oświadczeń podwykonawcy Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP załączonych do pisma Wykonawcy z dnia 25.01.2012 r. obejmują wszystkie informacje niezbędne do przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał

kadrowy). W tym miejscu Wykonawca podnosi, że zgodnie z SIWZ (str. 43) każda Usługa Prawna ponad wymaganie określone w pkt. 5.2.2.2.b.3).l.d. SIWZ powinna dostać punkty w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy). SIWZ nie wymaga wpisania Usługi Prawnej w konkretną rubrykę załącznika 3.II.B.SPE, aby otrzymać za nią punkty w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy). Zgodnie z SIWZ, każda Usługa Prawna ponad dane wymaganie wskazane w SIWZ premiowana była dwoma dodatkowymi punktami w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy). Wykonawca w Części II SIWZ wskazał łącznie 12 Usług Prawnych ponad wymagane w SIWZ. Powinien dostać zatem za nie 24 dodatkowe punkty.

Ponieważ zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 18.05.2012 r. rzekomo najkorzystniejsza oferta uzyskała tylko 7,69 pkt więcej niż druga w kolejności oferta Wykonawcy, przyznanie Wykonawcy należnych punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy) spowodowałoby, że oferta Wykonawcy stałaby się ofertą najkorzystniejszą. Konkludując, Zamawiający poprzez nieprzyznanie należnych Wykonawcy punktów w ramach kryterium nr 2 (potencjał kadrowy) naruszył kryteria oceny ofert określone w SIWZ, czym doprowadził do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza. Zamawiający naruszył tym samym nakaz wyboru oferty najkorzystniejszej określony w art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 29.05.2012 r. wezwał e-mailem i przesłał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.05.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej), pośrednictwem elektronicznej a 01.06.2012 r. pisemnie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Domański Zakrzewski Palinka sp. k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.05.2012 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz sygn. akt: KIO 1103/12 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ (wersji ostatecznej z dnia 18.11.2011 r., odpowiedziami Zamawiającego na pytania (pisma z dnia 03.11.2011 r., 09.11.2011 r., 18.11.2011 r. 22.11.2011 r.), ofertami obu Odwołujących, Przystępującego - Domański Zakrzewski Palinka sp. k., jak i trzech innych Wykonawców z sześciu nie wykluczonych w ramach II części, korespondencją pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12 - Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K.: (wezwania Zamawiającego z dnia 16.01.2012 r., 06.02.2012 r., 14.02.2012 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 24.01.2012 r., 09.02.2012 r., 16.02.2012 r.), korespondencją pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12 - Wardyński i Wspólnicy sp. k.; (wezwania Zamawiającego z dnia 16.01.2012 r., 06.02.2012 r., 14.02.2012 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 25.01.2012 r., 09.02.2012 r., 16.02.2012 r.), dodatkowo pytaniami zadanym po terminie składania ofert z dnia 17.01.2012 r. i odpowiedziami Zamawiającego z dnia 18.01.2012 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. II, odwołaniem o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz odwołaniem o sygn. akt: KIO 1103/12, przystąpieniami do odwołania o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz przystąpieniem do odwołania o sygn. akt: KIO 1103/12, odpowiedzią na odwołanie o sygn. akt: KIO 1092/12, jak i odpowiedzią na odwołanie o sygn. akt: KIO 1103/12 złożonym przez Zamawiającego w obu wypadkach po otwarciu posiedzenia z udziałem stron, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K. oraz Wardyński i Wspólnicy sp. k., których oferty były w rankingu złożonych ofert (pismo z dnia 18.05.2012 r.) odpowiednio na drugim oraz trzecim, w pierwszym wypadku zaraz po ofercie najkorzystniejszej (z uwzględnieniem obu kryteriów), zaś w drugim wypadku po dwóch ofertach korzystniejszych (z uwzględnieniem obu kryteriów), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Naturalnie odnosząc się do niniejszej kwestii, w obu odwołaniach niezależnie.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1092/12, sygn. akt: KIO 1103/12 oraz oryginalnych ofert Przystępującego - Domański

Zakrzewski Palinka sp. k., jak i trzech innych Wykonawców z sześciu nie wykluczonych w ramach II części, postanowień SIWZ (wersja ostateczna z dnia 18.11.2011 r., odpowiedzi Zamawiającego na pytania (pisma z dnia 03.11.2011 r., 09.11.2011 r., 18.11.2011 r. 22.11.2011 r.), ofert obu Odwołujących, Przystępującego - Domański Zakrzewski Palinka sp. k., jak i trzech innych Wykonawców z sześciu nie wykluczonych w ramach II części,

korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12 - Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. K.: (wezwania Zamawiającego z dnia 16.01.2012 r., 06.02.2012 r., 14.02.2012 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 24.01.2012 r., 09.02.2012 r., 16.02.2012 r.), korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12 - Wardyński i Wspólnicy sp. k.; (wezwania Zamawiającego z dnia 16.01.2012 r., 06.02.2012 r., 14.02.2012 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 25.01.2012 r., 09.02.2012 r., 16.02.2012 r.), dodatkowo pytań zadanych po terminie składania ofert z dnia 17.01.2012 r. i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 18.01.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. II, odwołania o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz odwołania o sygn. akt: KIO 1103/12, przystąpienia do odwołania o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz przystąpienia do odwołania o sygn. akt: KIO 1103/12, odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 1092/12, jak i odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 1103/12 złożonych przez Zamawiającego w obu wypadkach po otwarciu posiedzenia z udziałem stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie następujących dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego - Wardyński i Wspólnicy Sp. k. - oświadczeń od klientów potwierdzające, iż nie złożono nieprawdziwych informacji w ramach oferty Odwołującego, uznając że niniejsza okoliczność nie była kwestionowana przez Zmawiającego i nie było niniejsze przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12.

Izba przychyliła się do wniosku Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12 o wyłączenie jawności rozprawy uznając niniejszy wniosek za uzasadniony w części dotyczącej okoliczności stanowiących podstawę nie przyznania przez Zamawiającego maksymalnej ilości punktów obu Odwołującym. W konsekwencji, wyłączając z mocy art. 189 ust. 6 Pzp jawność rozprawy w części wskazanej powyżej. W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1092/12, Izba wyłączyła częściowo jawność z tych samych względów z urzędu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołania - w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12, jak i w sprawie o sygn. akt: 1103/12 zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz o sygn. akt: KIO 1103/12:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust.1 Pzp oraz w konsekwencji art. 7 ust.1 i 3 Pzp, zaś Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/12 zarzucił Zamawiającemu dokonanie błędnej oceny jego oferty, co w konsekwencji Izba uznała za zarzut tożsamy z naruszeniem art. 91 ust.1 Pzp. Wobec zbieżności sformułowanych zarzutów oraz stanów faktycznych Izby rozpatrzyła wskazywane naruszenia, jak i same odwołania łącznie, w rezultacie uznając, że zarzuty zostały potwierdzone.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający określił w pkt 5.2.2.2 b.2) 1.f.: *„b. Warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP, dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. (…) 2) Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował i przeznaczy do realizacji Części II A Zamówienia następujące 5 osób, spełniających poniższe wymagania co do ich wiedzy i doświadczenia:*
1. Starszy Prawnik ENG (1 osoba) - lider zespołu do zadań w ramach Części II A: (…) f. posiada doświadczenie w świadczeniu co najmniej 2 różnych Usług Prawnych z przedmiotów wymienionych w Grupie I lit. a) – d) (tj. każda usługa dotyczyła innego przedmiotu spośród wskazanych w Grupie I lit. a) – d)); (…)
Żądane dokumenty:
Na potwierdzenie spełniania warunków wymienionych powyżej oraz wynikających z definicji „Starszego Prawnika ENG" Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia Wykazu dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osoby wskazanej na ww. stanowisko zawierającego informacje niezbędne do wykazania spełnienia ww. wymagań (Załącznik Nr 3.II.A.SPE. do SIWZ), przy czym Zamawiający wymaga:

- *w zakresie warunku a. - oświadczenia, że osoba posiada doświadczenie w świadczeniu Doradztwa Prawnego związanego z Projektami Jądrowymi przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert,*
- *w zakresie warunku b. - oświadczenia, że osoba w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, spędziła co najmniej 40% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego dotyczącego przedmiotów wymienionych*

w Grupie I,
- *w zakresie warunku c. - podania przedmiotu usługi Doradztwa Prawnego ze wskazaniem, czy wymagała ona znajomości Traktatu Euroatom oraz klienta, na rzecz którego była ona realizowana,*
- *w zakresie warunku d. - podania przedmiotu usługi Doradztwa Prawnego ze wskazaniem, czy wymagała ona znajomości jednego z obowiązujących na terenie UE krajowych systemów regulacyjnych dla przemysłu jądrowego oraz klienta, na rzecz którego była ona realizowana,*
- *w zakresie warunku e. - opisu doświadczenia w reprezentacji klienta w związku z uzyskiwaniem pozwoleń na budowę Obiektów Energetyki Jądrowej w obszarze co najmniej jednego obowiązującego na terenie UE systemu regulacyjnego dla przemysłu atomowego wraz ze wskazaniem klienta, na rzecz którego była ona realizowana,*
- *w zakresie warunku f. - podania przedmiotu każdej Usługi Prawnej oraz klienta, na rzecz którego dana usługa była realizowana wraz ze wskazaniem którego z przedmiotów Grupy I usługa dotyczyła,*
- *w zakresie warunku g. - podania przedmiotu każdej Usługi Prawnej lub usługi Doradztwa Prawnego oraz klienta, na rzecz którego dana usługa była realizowana wraz ze wskazaniem którego z przedmiotów Grupy I usługa dotyczyła,*
- *w zakresie warunku h. - opisu doświadczenia w kierowaniu zespołem co najmniej 3 prawników w co najmniej 1 Projekcie Jądrowym wraz ze wskazaniem klienta, na rzecz którego usługi były realizowane,*
- *pełnych danych kontaktowych (adres do korespondencji, e-mail, numer telefonu) do osoby po stronie klienta mogącej potwierdzić należyte wykonanie danej usługi przez proponowaną osobę."*

Z kolei w pkt 5.2.2.2 b.2) 2.c Zamawiający zawarł.: *„b. Warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP, dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. (…) 2. Starszy Prawnik PL (1osoba) - przeznaczony do zadań w ramach Części II A:*
- *a. posiada doświadczenie w świadczeniu Doradztwa Prawnego związanego z Projektami Infrastrukturalnymi przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert;*
- *b. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, spędził co najmniej 30% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego dotyczącego przedmiotów opisanych w Grupie II;*
- *c. posiada doświadczenie w świadczeniu co najmniej 2 różnych Usług Prawnych, które dotyczyły 2 różnych przedmiotów spośród opisanych w Grupie II lit.: B., D., E., L, N., P., K. (tj. każda dotyczyła innego przedmiotu spośród wskazanych w Grupie II lit.: B., D., E., L, N., P., K.),przy czym wartość projektu, którego dotyczyła wskazana Usługa Prawna była nie*

mniejsza niż 50.000.000,00 PLN netto, lub lit. K o wartości projektu nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN netto albo - posiada doświadczenie w świadczeniu co najmniej 1 Usługi Prawnej, która dotyczyła jednego z przedmiotów spośród opisanych w Grupie II lit.: B., D., E., L, N., P., K., przy czym wartość projektu, którego dotyczyła wskazana Usługa Prawna była nie mniejsza niż 50.000.000,00 PLN netto, lub lit. K o wartości projektu nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN netto oraz co najmniej jednej usługi Doradztwa Prawnego dotyczącej przedmiotu opisanego w Grupie II lit. J.
Żądane dokumenty:
Na potwierdzenie spełniania warunków wymienionych powyżej oraz wynikających z definicji „Starszego Prawnika PL" Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia Wykazu dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osoby wskazanej na ww.

stanowisko zawierającego informacje niezbędne do wykazania spełnienia ww. wymagań (Załącznik Nr 3.II.A.SPPL. do SIWZ), przy czym Zamawiający wymaga:
• w zakresie warunku a. - oświadczenia, że osoba posiada doświadczenie w świadczeniu Doradztwa Prawnego związanego z Projektami Infrastrukturalnymi przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert,
• w zakresie warunku b. - oświadczenia, że osoba w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert spędziła co najmniej 30% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego dotyczącego przedmiotów opisanych w Grupie II,
• w zakresie warunku c. - podania przedmiotu każdej Usługi Prawnej lub usługi Doradztwa Prawnego, wartości projektu oraz klienta, na rzecz którego dana usługa była realizowana wraz ze wskazaniem którego z przedmiotów Grupy II usługa dotyczyła,
• pełnych danych kontaktowych (adres do korespondencji, e-mail, numer telefonu) do osoby po stronie klienta mogącej potwierdzić należyte wykonanie danej usługi przez proponowaną osobę."

Natomiast w pkt 5.2.2.2 b.3) 1.d. Zamawiający zawarł: *„3) Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował i przeznaczy do realizacji Części II B Zamówienia następujące 5 osób, spełniających poniższe wymagania co do ich wiedzy i doświadczenia:*
1.Starszy Prawnik ENG (1 osoba), lider zespołu do zadań w ramach Części II B:
a. posiada doświadczenie w świadczeniu Doradztwa Prawnego związanego z Projektami Jądrowymi przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert;
b. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, spędził co najmniej 40% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego dotyczącego przedmiotów opisanych w Grupie I;
c. posiada doświadczenie, jako prawnik wiodący, w świadczeniu co najmniej 1 usługi Doradztwa Prawnego dotyczącej finansowania Projektu Jądrowego przy pomocy różnych instrumentów finansowych;

d. posiada doświadczenie w świadczeniu co najmniej 1 Usługi Prawnej, spośród przedmiotów Grupy I lit. e) lub f);
e. posiada doświadczenie w kierowaniu zespołem co najmniej 3 prawników w związku ze świadczeniem Usługi Prawnej, której głównym przedmiotem było finansowanie o wartości co najmniej 400.000.000 PLN.
Żądane dokumenty:
Na potwierdzenie spełniania warunków wymienionych powyżej oraz wynikających z definicji „Starszego Prawnika ENG" Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia Wykazu dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osoby wskazanej na ww. stanowisko zawierającego informacje niezbędne do wykazania spełnienia ww. wymagań (Załącznik Nr 3.II.B.SPE. do SIWZ), przy czym Zamawiający wymaga:
• w zakresie warunku a. - oświadczenia, że osoba posiada doświadczenie w świadczeniu Doradztwa Prawnego związanego z Projektami Jądrowymi przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert,
• w zakresie warunku b. - oświadczenia, że osoba w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert spędziła co najmniej 40% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego dotyczącego przedmiotów wymienionych w Grupie I,
• w zakresie warunku c. - opisu doświadczenia dotyczącego świadczenia usługi Doradztwa Prawnego dotyczącej finansowania Projektu Jądrowego przy pomocy różnych instrumentów finansowych wraz ze wskazaniem klienta, na rzecz którego była ona realizowane oraz podaniem informacji, czy osoba pełniła rolę prawnika wiodącego,
• w zakresie warunku d. - podania przedmiotu Usługi Prawnej oraz klienta, na rzecz którego była ona realizowana wraz ze wskazaniem którego z przedmiotów Grupy I usługa dotyczyła,
• w zakresie warunku e. - opisu doświadczenia w kierowaniu zespołem co najmniej 3 prawników ze wskazaniem przedmiotu Usługi Prawnej, wartości finansowania oraz klienta, na rzecz którego usługa była realizowana,
• pełnych danych kontaktowych (adres do korespondencji, e-mail, numer telefonu) do osoby po stronie klienta mogącej potwierdzić należyte wykonanie danej usługi przez proponowaną osobę. (…)".

Z kolei w pkt 5.2.2.2 b.3) 2.d. Zamawiający zawarł: *„2.Starszy Prawnik PL (1 osoba) przeznaczony do zadań w ramach Części II B:*

a. posiada doświadczenie w świadczeniu usług Doradztwa Prawnego związanego z finansowaniem projektów na rynku bankowym lub rynku instrumentów dłużnych przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert;
b. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert spędził, co najmniej 30% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego

w projektach, których przedmiotem było finansowanie inwestycji zgodnie ze standardami międzynarodowymi z wykorzystaniem znajomości Prawa Polskiego;
c. posiada doświadczenie w świadczeniu jako prawnik wiodący co najmniej 12 usługi Doradztwa Prawnego, którae dotyczyłay przedmiotów opisanegoych w Grupie II lit. H) lubiQ);
d. posiada doświadczenie w świadczeniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 3 Usług Prawnych, których przedmiotem było zawarcie umowy kredytowej lub zawarcie umowy o emisję obligacji, przy czym wartość każdego finansowania była nie niższa niż 50.000.000 PLN;
Żądane dokumenty:
Na potwierdzenie spełniania warunków wymienionych powyżej oraz wynikających z definicji „Starszego Prawnika PL" Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia Wykazu dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osoby wskazanej na ww. stanowisko zawierającego informacje niezbędne do wykazania spełnienia ww. wymagań (Załącznik Nr 3.II.B.SPPL. do SIWZ), przy czym Zamawiający wymaga:

- *w zakresie warunku a. - oświadczenia, że osoba posiada doświadczenie w świadczeniu usług Doradztwa Prawnego związanego z finansowaniem projektów na rynku bankowym lub rynku instrumentów dłużnych przez okres co najmniej 10 lat przed upływem terminu składania ofert,*
- *w zakresie warunku b. - oświadczenia, że osoba w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert spędziła co najmniej 30% swojego czasu pracy na świadczeniu usług Doradztwa Prawnego w projektach, których przedmiotem było finansowanie inwestycji zgodnie ze standardami międzynarodowymi z wykorzystaniem znajomości prawa polskiego,*
- *w zakresie warunku c. - podania przedmiotu każdej usługi Doradztwa Prawnego oraz klienta, na rzecz którego dana usługa była realizowana wraz ze wskazaniem którego z przedmiotów Grupy II usługa dotyczyła oraz podaniem informacji, czy osoba pełniła rolę prawnika wiodącego, w zakresie warunku d. - podania przedmiotu każdej Usługi Prawnej, wartości finansowania oraz klienta, na rzecz którego dana usługa była realizowana,*
- *pełnych danych kontaktowych (adres do korespondencji, e-mail, numer telefonu) do osoby po stronie klienta mogącej potwierdzić należyte wykonanie danej usługi przez proponowaną osobę. (…)".*

Dodatkowo Zamawiający określił w pkt 6.3 SIWZ: *„W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis został dokonany w Rozdziale 5 SIWZ, Zamawiający żąda złożenia: (…) 2. Dokumentów*

wymienionych w Rozdziale 5 SIWZ (akapity pt. „Żądane dokumenty"), zawierających wyszczególnione tam informacje oraz dodatkowo:
• informację o wykonawcy usługi wymienionej w wykazie usług (wskazanie, czy usługa była realizowana przez wykonawcę / jednego z wykonawców występujących wspólnie, czy przez podmiot udostępniający doświadczenie na zasadach określonych w pkt 5.7. SIWZ,
• informacje o podstawie dysponowania osobą proponowaną na określone stanowisko.
(…) UWAGA: W przypadku, gdy kompetencje zawodowe osoby proponowanej na określone stanowisko podlegają ocenie w oparciu o kryterium oceny ofert „potencjał kadrowy" (kryterium nr 2), zgodnie z opisem sposobu oceny ofert zawartym w pkt 14.2. ppkt 2) SIWZ, wykaz dotyczący tej osoby powinien obejmować informacje niezbędne do oceny oferty w oparciu o ww. kryterium.". Zaś w pkt 9.2.1: *„Oświadczenia, o których mowa w pkt 6.1. ppkt 1 SIWZ oraz 6.3. ppkt 1 SIWZ oraz dokumenty, o których mowa w pkt 6.3. ppkt 2 SIWZ powinny być sporządzone zgodnie z przedstawionymi przez Zamawiającego wzorami - załącznikami do SIWZ, a w szczególności muszą zawierać wszystkie wymagane informacje."*

W zakresie drugiego kryterium oceny ofert Zamawiający – pkt 14.2 ppkt 2 SIWZ: *„W PRZYPADKU UBIEGANIA SIĘ PRZEZ WYKONAWCĘ O UDZIELENIE CZĘŚCI II ZAMÓWIENIA: W ramach ww. kryterium Zamawiający oceniał będzie dodatkowe kompetencje osób wskazanych na stanowisko Starszego Prawnika ENG oraz Starszego Prawnika PL.*
Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Starszego Prawnika ENG do realizacji części II A Zamówienia posiada doświadczenie w zakresie:
• świadczenia Usług Prawnych dotyczących przedmiotów Grupy I lit. a) lub b) lub c) lub d) - 2 punkty za każdą Usługę Prawną ponad wymaganie określone w pkt 5.2.2.2.b.2).1.f. SIWZ.
Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Starszego Prawnika PL do realizacji części II A Zamówienia posiada doświadczenie w zakresie:
• świadczenia w projekcie o wartości co najmniej 50.000.000 PLN netto Usług Prawnych dotyczących przedmiotów Grupy II lit. B lub D lub E lub L lub N, lub w projekcie o wartości co najmniej 10.000.000 PLN netto Usług Prawnych dotyczących przedmiotów Grupy II lit. K - 2 punkty za każdą Usługę Prawną ponad wymaganie określone w pkt 5.2.2.2.b.2).2.c. SIWZ.
Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Starszego Prawnika ENG do realizacji części II B Zamówienia posiada doświadczenie w zakresie:

• świadczenia Usług Prawnych dotyczących przedmiotów Grupy I lit. e) lub f) - 2 punkty za każdą Usługę Prawną ponad wymaganie określone w pkt 5.2.2.2.b.3).1.d. SIWZ.
Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Starszego Prawnika PL do realizacji części II B Zamówienia posiada doświadczenie w zakresie:
• świadczenia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert Usług Prawnych, których przedmiotem było zawarcie umowy kredytowej lub zawarcie umowy o emisję obligacji przy czym wartość każdego finansowania była nie niższa niż 50.000.000 PLN - 2 punkty za każdą Usługę Prawną ponad wymaganie określone w pkt 5.2.2.2.b.3).2.d. SIWZ.
W ramach kryterium „potencjał kadrowy" Wykonawca może otrzymać maksymalnie 30 pkt.".

Nadto, Zamawiający zawarł na str. 15 SIWZ u dołu: *„Podkreślono wymagania, w ramach których Zamawiający w Rozdziale 14 SIWZ (opis sposobu oceny ofert w oparciu o kryterium „potencjał kadrowy") przewidział dodatkową punktację, za wykazanie realizacji przez proponowaną osobę więcej Usług Prawnych niż wymaga tego warunek udziału w Postępowaniu".*

W ramach każdego w wykazów - (służy zarówno w celu wykazania spełniania wymaganego warunku dotyczącego potencjału kadrowego, jak i doświadczenia podlegającego punktacji w ramach drugiego kryterium oceny ofert - potencjału kadrowego) w części wykazu odnoszącym się do punktowanego doświadczenia osoby wykazanej: *„(…) ponad wymaganie niezbędne dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu – dla celów przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert „potencjał kadrowy".* Nadto każdy z wykazów zawierał: *„Instrukcja dotycząca sposobu oceny spełniania warunków oraz wypełniania tabeli:*
A. Następujące sformułowania użyte w niniejszym załączniku i w pkt 5.2.1 SIWZ mają następujące znaczenie:
1. Doradztwo Prawne – oznacza zaakceptowaną i opłaconą usługę z zakresu prawa, wykonaną na rzecz klienta przez Wykonawcę lub Starszego Prawnika lub Prawnika, a polegającą na udzielaniu porad ustnych i pisemnych w tym zwłaszcza przygotowywaniu projektów i finalnych wersji umów, pism, wniosków, informacji, raportów, notatek (memo), opinii prawnych, udział w ich negocjowaniu lub uzgadnianiu z organami administracji publicznej i KE. Należyte wykonanie usługi Doradztwa Prawnego Zamawiający może w razie potrzeby potwierdzić prosząc o potwierdzenie faktu należytej realizacji osobę wskazaną przez Wykonawcę, a reprezentującą klienta Wykonawcy lub Starszego Prawnika

lub Prawnika w danej sprawie, czy w inny wiarygodny sposób; (…)
14. Usługa Prawna – oznacza zaakceptowaną i opłaconą usługę, wykonaną na rzecz klienta

przez Wykonawcę lub Starszego Prawnika lub Prawnika, a polegającą na przygotowaniu projektu umowy lub finalnej wersji umowy lub reprezentacji klienta, która doprowadziła do uzyskania przez klienta decyzji administracyjnej (w tym decyzji regulatorów), wymagającą dla jej świadczenia biegłej znajomości Prawa Polskiego lub Prawa Międzynarodowego. Należyte wykonanie Usługi Prawnej Zamawiający może w razie potrzeby potwierdzić prosząc o potwierdzenie faktu należytej realizacji osobę wskazaną przez Wykonawcę, a reprezentującą klienta Wykonawcy lub Starszego Prawnika lub Prawnika w danej sprawie, czy w inny wiarygodny sposób.".

Każdy z Odwołujących załączył do oferty wymagane wykazy, co wynika z treści obu odwołań, wykazując określone dodatkowe doświadczenie podlegającego punktacji w ramach drugiego kryterium oceny ofert - potencjału kadrowego, powyższe Izba potwierdza, wskazując, ze z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odstępuje od szczegółowego przedstawienia treści ofert poszczególnych Wykonawców w tym zakresie.

Zamawiający przedstawił podczas niejawnej części rozprawy określone uchybienia w obu ofertach, które zadecydował o nie przyznaniu żadnemu z nich jakiegokolwiek punktu w ramach drugiego kryterium – potencjał kadrowy.

Izba jedynie dla porządku stwierdza, że możliwość ustanowienia takiego rodzaju kryterium oceny ofert wynikała z przedmiotu zamówienia i dopuszczalności takiego działania zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba po analizie zgromadzonego materiału dowodowego wskazanego powyżej, uznała zasadność uwzględnienia obu odwołań.

Odnośnie powodów takiego rozstrzygnięcia, należy podnieść, że mimo pewnych różnić w stanach faktycznych, a ściśle treści ofert obu Odwołujących, jak i uchybień na które wskazywał na rozprawie Zamawiający, istota, a zarazem geneza nie przyznania obu Odwołującym żadnego punktu w ramach kryterium potencjał kadrowy ma wspólne podłoże, z tej przyczyny Izba uwzględniła oba odwołania. Zastrzegając, że argumentacja przedstawiona w szczególności przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 1103/12 była spójna, logiczna i w ocenie Izby znalazła potwierdzenie w przywołanych przez niniejszego Odwołującego postanowieniach SIWZ, jak i jego oferty. Z kolei argumentacja Odwołującego o sygn. akt: KIO 1092/12 zwracała uwagę na elementy wykazu, które Zamawiający pominął lub odmiennie zinterpretował niż było intencją niniejszego Odwołującego. Jednocześnie, Izba przyjęła szczególną konwencje uzasadnienia wynikającą z utajnienia częściowego rozprawy w zakresie rozpatrywania odwołania o sygn. akt: KIO 1092/12 oraz odwołania o sygn. akt: KIO 1103/12, uznając że zamiast tworzenia dwóch uzasadnień (jednego dla stron obu odwołań, drugiego dla uczestników postępowania, czyli Przystępujących) przedstawi jedno

wspólne uzasadnienie formułując jego treść na określonym poziomie ogólności. Strony znając przebieg rozpatrywanych odwołań winny ustalić kwestie dotyczące ich ofert, jak i zagadnienia wspólne, które przeważały. Działanie Izby jest konsekwencją uprawnie wynikających z art. 189 ust. 6 Pzp oraz § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280). Izba dodatkowo wskazuje, że postanowienia SIWZ, w tym wykazy przygotowane przez Zamawiającego były powszechnie znane wszystkim uczestnikom postępowania, jak i odpowiedzi na pytania zadane przed terminem składania ofert.

W ocenie Izby, z treści przygotowanego przez Zamawiającego wykazu, w każdym ze spornych wypadków nie wynikało, że należy literalnie wypełnić, czy też podać w jego ramach wszystkie elementy składające się na definicje – usługi prawnej, czy też doradztwa prawnego (pkt 14 każdego z wykazów poniżej tabeli). Zamawiający taką intencje ujawnił dopiero w toku trzykrotnych wezwań (pisma z dnia 16.01.2012 r., 06.02.2012 r., 14.02.2012 r. wystosowane w trybie art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących – Dz. U. Nr 135, poz. 789), czyli korespondencji prowadzonej

z obu Odwołującymi po terminie składania ofert. W tym zakresie kluczowym także jest wyjaśnienie udzielone przez Zamawiającego jednemu z uczestników postępowania po terminie składania ofert – odpowiedź z dnia 18.01.2012 r. na pytania z dnia 17.01.2012 r.

Należy wskazać, że instrukcja wypełnienia pod każdą z tabel pozwalała uznać, że mamy do czynienia ze swoistym: *„słowniczkiem"* definicji, takim samym jaki znajduje się w większości przepisów powszechnie obowiązujących takich, jak ustawa, w Pzp jest to art. 2. W konsekwencji każdorazowe użycie, któregoś ze zdefiniowanych pojęć w wykazie implikowało uznanie, że wykazano taką usługę jak została zdefiniowana. Dalszą konsekwencją niniejszego jest uznanie w rezultacie, ze ewentualna korespondencja w tym zakresie stanowi co najwyżej wyjaśnienia treści złożonej oferty, nie zaś jej uzupełnienie, czy też modyfikacje.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że przywołane przez niego podczas rozprawy postanowienia SIWZ zwłaszcza z pkt 6.3 „UWAGA!" (wskazany w obu odpowiedziach na odwołanie złożonych na posiedzeniu) ma kluczowe znaczenie na potwierdzenie jego argumentacji, tzn. tezy, że inaczej był określony sposób wykazania spełniania wymaganego warunku dotyczącego potencjału kadrowego, a inaczej opis odnoszący się do doświadczenia podlegającego punktacji w ramach drugiego kryterium oceny ofert - potencjału kadrowego. Przywołany punkt odsyła z jednej strony do pkt 14.2 ppkt 2 SIWZ, zaś z drugiej strony stwierdza, iż wykaz powinien obejmować informacje niezbędne do oceny ofert w oparciu o ww. kryterium. Niniejszy pkt 14. 2 ppkt 2 SIWZ (str. od 42 do 43 SIWZ) – nie określa tych *„informacji niezbędnych",* jako innych niż konieczne dla

spełniania wymaganego warunku dotyczącego potencjału kadrowego *[„ Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli wykaże, że osoba wskazana (…) posiada doświadczenie w zakresie (…) świadczenia Usług Prawnych/ świadczenia (…) Usług Prawnych (…) – 2 punkty za każdą Usługę Prawną ponad wymaganie określone (…)"].* Wręcz odsyła do stosownych punktów warunku – pkt 5.2.2.2 b.2)1.f. (str. 19 SIWZ), pkt 5.2.2.2 b.2)2.c. (str. 20 SIWZ), pkt 5.2.2.2 b.3)1.d. (str.22 SIWZ), pkt 5.2.2.2 b.3)2.d. SIWZ (str. 23 SIWZ). Niniejsze punkty ściśle wskazują: *„(…) Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia Wykazu dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osoby wskazanej na ww. stanowisko zawierającego informacje niezbędne do wykazania spełnienia ww. wymagań (….), przy czym Zamawiający wymaga: (…)"* - /przykładowo/ *„(…) oświadczenia (…)"* - /zaś w zakresie sporu/ *„(…) podania przedmiotu Usługi Prawnej oraz klienta, na rzecz którego była ona realizowana wraz ze wskazanie którego z przedmiotów Grupy (…) usługa dotyczyła".* Takiego jednoznacznego wskazania, jak powyżej, odnośnie tezy Zamawiającego, że należało literalnie w wykazie podać wszystkie elementy składające się na definicje – usługi prawnej, czy też doradztwa prawnego nie było ani w SIWZ, czy też odpowiedziach na pytania udzielone przed terminem składania ofert, ani w samym wykazie.

W ocenie Izby, sam wykaz bowiem nie zawierał oddzielnych rubryk mogących wskazywać na konieczność literalnego podania informacji składających się na definicje usługi prawnej, czy też doradztwa prawnego. Nadto, nie bez znaczenia był fakt, że z pkt 6.3.2 SIWZ wynika, że wykaz sporządzony przez Zamawiającego (a ściśle wykazy) ma (mają) charakter obligatoryjny, zaś z pkt 9.2.1 SIWZ fakultatywny, z zachowaniem wszystkich wymaganych informacji, czyli co najmniej niejednoznaczny charakter tego wykazu (wykazów).

Zasadnym jest także stwierdzenie, że wykaz jako całość z chwilą podpisania i załączenia do oferty staje się oświadczeniem woli Wykonawcy i nie można odczytywać jego treści w sposób wybiórczy kierując się pochodzeniem określonych elementów składających się na jego treść. W rezultacie każdorazowo dla Zamawiającego, jak i danego Wykonawcy wiążąca jest cała jego treść. Należy zauważyć, także, biorąc pod uwagę powyższe, że Zamawiający złożył podczas rozprawy sprzeczne oświadczenia, gdyż z jednej strony podnosił brak pewnego elementu wynikającego z definicji usługi prawnej – u jednego z Odwołujących, przy czym u drugiego wskazywał, że określona cecha została wykazana, przy czym wskazywał na treść wykazu zawartą w części dotyczącej warunku. Jest to o tyle istotne, że Izba ustaliła, iż także Wykonawca, który jakoby nie wykazał tej cechy *de facto* uczynił to także na tej samej zasadzie, tyle że w innym miejscu wykazu w części dotyczącej warunku (str. 121, 144 i 154 jego oferty). Naturalnie Izba w przedstawionym zakresie dokonuje określonego stwierdzenia w celu przedstawienia zaistniałej sprzeczności po stronie

Zamawiającego, w żadnym wypadku nie należy uznawać niniejszego za sprzeczność w uzasadnieniu Izby.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że usługa potwierdzona, jako należycie wykonana, w swej istocie zawiera w sobie te elementy, których brak był decydujący o przyznaniu lub też nie punktacji w ramach drugiego kryterium oceny ofert – potencjał kadrowy. Zamawiający nie wymagał załączenia stosownych referencji w zakresie wymaganego doświadczenia wykazywanych osób w ramach punktowanego potencjału kadrowego, z uwagi na obiektywne trudności w ich uzyskaniu, co wynika ze specyfiki przedmiotu docelowego (podobnie miało miejsce w sprawie wynikającej z wyroku KIO z dnia 03.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1041/11, KIO 1043/11- nadto, Izba zauważa, że w wypadku tzw. zamówień prywatnych orzecznictwo na podstawie dyrektywy dopuszcza ich wystawienie nie przez inwestora, lecz podmiot realizujący zamówienie – wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1526/10). Jednakże jeden z Odwołujących takowe przedłożył, z tej przyczyny, skoro, jak twierdził na rozprawie, wykaz był wiążący (postanowienia SIWZ niejednoznaczne w tym zakresie) winien wziąć je także pod uwagę. W ocenie Izby także, taki charakter winny przyjąć dane kontaktowe – osób, które mają potwierdzić należyte wykonanie wykazywanych usług w ramach punktowanego potencjału kadrowego – na ich podstawie Zamawiający może zweryfikować, czy informacje zawarta w wykazie są zgodne ze stanem faktycznym i czy nie zawierają informacji nieprawdziwej. Naturalnie Izba w przedstawionym zakresie dokonuje określonych stwierdzeń w celu przedstawienia zaistniałej sprzeczności po stronie Zamawiającego, w żadnym wypadku nie należy uznawać niniejszego za sprzeczność w uzasadnieniu Izby.

Jedynie na marginesie Izba podnosi, że nie dopuszcza możliwości uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp, co najwyżej wyjaśnień, w tym zakresie podzielając stanowisko wyrażone w orzeczeniach przywołanych przez Zamawiającego w obu odpowiedziach na odwołanie, jak i w wyroku z dnia 09.09.2011 r., sygn. akt: KIO/1797/11, KIO/1801/11, KIO/1807/11, KIO/1808/11, KIO/1813/11, KIO/1817/11, czy też wyroku z dnia 02.11.2011 r., sygn. akt KIO 2141/11, KIO 2183/11, KIO 2185/11, KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11, KIO 2196/11, KIO 2198/11.

. Należy przy tym stwierdzić, że przywoływane przez strony orzeczenia dotyczą postępowania dwuetapowego (przetargu ograniczonego), nie zaś postępowania jednoetapowego (przetargu nieograniczonego). Jest to o tyle istotne, że w przetargu ograniczonym ranking nie jest rankingiem kryteriów oceny ofert, lecz rankingiem odnoszącym się do stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy niniejsze podnieść w kontekście argumentacji Przystępującego - Domański Zakrzewski Palinka sp. k. z części jawnej rozprawy. Nadto, wskazując, że wydaje się bardziej zasadnym przywołanie orzeczenia z dnia 17.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 919/08, gdyż odnosiło się do

postępowania jednoetapowego (przetargu nieograniczonego), w ramach którego Izba rozważała kwestie uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp elementu oferty, którego status był sporny (czy tylko na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, czy także w celu oceny w ramach kryterium techniczno-jakościowym). Izba wskazała, ze stosowanie art. 26 ust.3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby *de facto* uzupełnieniem elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element podlegający ocenie w ramach kryterium techniczno-jakościowym. Izba uznała, co prawda, że w ramach ówczesnego stanu faktycznego, iż nie zaistniała sytuacja tego rodzaju, iż Zamawiający wymagał – próbek, tak do oceny w ramach kryterium oceny ofert, jak i dla potwierdzenia spełniania /w tym wypadku warunku przedmiotowego/ przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (czyli w sposób zbliżony – co do zasady - jak w przedmiotowym stanie faktycznym – zarówno w celu wykazania spełniania wymaganego warunku dotyczącego potencjału kadrowego /w tym wypadku warunku podmiotowego/, jak i doświadczenia podlegającego punktacji w ramach drugiego kryterium oceny ofert - potencjału kadrowego). Przy czym zaistnienie w praktyce takiej sytuacji, jak wskazana powyżej wymagałaby rozważenia przez Izbę niedopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż implikacje jego zastosowania spowodowałyby naruszenie nie tylko art. 87 ust.1, ale także art. 7 Pzp, gdyż zmianie uległyby

przedmiot oceny w ramach kryterium (za Informacją o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007 i 2008 – str. 57-58).

Izba nie nakazała przyznania - stosownie wnioskowanej w ramach żądań w obu odwołaniach - punktacji, uznając, że Zamawiającemu przysługuje prawo weryfikacji punktowanego doświadczenia osób wskazanych w ramach punktowanego potencjału kadrowego w zakresie informacji nieprawdziwych. W przeciwnym wypadku, jeśli Zamawiający uzna, że takowa weryfikacja jest niecelowa, brak jest jakichkolwiek podstaw, dla których obu Odwołującym nie można byłoby przyznać punktacji stosownej do wykazanych dodatkowych usług w ramach cz. II.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1092/12, oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 1103/12 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1092/12, sygn. akt: KIO 1103/12 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1103/12 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na brak przedłożenia stosownego rachunku (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……