

Sygn. akt: KIO 1233/19

WYROK
z dnia 18 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 roku przez wykonawcę Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. S. & T. Spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Kancelarię Adwokatów i Radców Prawnych P. J. S. & T. Spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi specjalistycznego doradztwa prawnego w zakresie prawa zamówień publicznych świadczone w ramach Pomocy Technicznej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 (POLiŚ) oraz Pomocy Technicznej Connecting Europe Facility na lata 2014-2020 (CEF) na potrzeby wsparcia zadań inwestycyjnych finansowanych ze środków UE w ramach POLiŚ i CEF”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 118-290660.

W dniu 1 lipca 2019 r. wykonawca Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. S. & T. Spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a w zw. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”) poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
2. art. 91 ust. 1, ust. 2 i ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszający zasadę równego traktowania wykonawców opis kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium D1- Doświadczenie KIO, D2 - Doświadczenie SIWZ, D3 - Doświadczenie SO, D4 - Doświadczenie korekty finansowe, tj. bez określenia górnego limitu doświadczenia;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a także nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany i modyfikacji postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu sformułowanych w sposób niezgodny z ustawą Pzp, według wniosku Odwołującego zawartego w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, iż jest legitymowany do wniesienia odwołania stosownie do

wymagań wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Podniósł, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy. Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty (przykładowo wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r. KIO 903/17). Wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowień w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert odwołujący został faktycznie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Wskazane przepisy traktowane jako jedna spójna całość prowadzą w istocie do wyboru oferty wykonawcy, który legitymuje się wykonaniem największej ilości określonych usług prawnych i tym samym faworyzują wykonawcę, który obecnie świadczy na rzecz zamawiającego usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia. Odwołujący jest podmiotem, który ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, jak i ma realną możliwość uzyskać zamówienie, jeżeli postanowienia specyfikacji zostaną zmienione w sposób, który będzie szanował zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Uzasadniając zarzut oznaczony w petitum odwołania nr 1 odnoszący się do treści warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący przywołał brzmienie pkt 8.5.2. SIWZ wskazując, iż kwestionuje określenie przedmiotowych warunków ze względu na: 1) nieuzasadnione zawężenie realizacji opisanych w warunku usług prawnych do zakresu Inwestycji; 2) nieuzasadnione, nadmierne określenie liczby zastępstwa procesowego przed KIO.

Podkreślił, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą sprostają, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia zapewniała konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części specyfikacji istotnych

warunków zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał na treść art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp oraz podkreślił, że poza ww. regulacjami Zamawiający powinien wziąć pod uwagę także wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został również jednolity pogląd, że formułowanie warunków udziału w postępowaniu dokonywane być musi z uwzględnieniem celu, jakiemu ma służyć, czyli zapewnieniu wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W celu zapewnienia związku stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia zamawiający przy ustalaniu tego opisu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność treści warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla którego w danym postępowaniu są określane oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, iż postawienie zbyt wąskiego (zawężającego) warunku udziału w postępowaniu nie może być narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów z udziału w postępowaniu, co potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 412/15. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy

równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię prawidłowej realizacji.

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności wielokrotnie wskazywał Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 wskazano, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 wywiedziono, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto ETS w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią podstawowe zasady ustawy Pzp, które podporządkowane są przede wszystkim celom tej ustawy, a mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Żadna z chronionych w ten sposób wartości nie może przeważać w działaniach Zamawiającego, który powinien zachować między nimi odpowiedni balans i równowagę. W odniesieniu do określanych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie powinien posługiwać się takim ich opisem, który nie ma należytego uzasadnienia w przedmiocie i zakresie niniejszego postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający określając przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu dokonał naruszenia art. 22 ust. 1a, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem jakiegokolwiek uzasadnienia dla zawężenia warunku udziału w postępowaniu do realizacji pomocy prawnej wyłącznie z zakresu Inwestycji. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że nie istnieją prawnie wyodrębnione usługi prawne w zakresie „wsparcia prawnego w dziedzinie prawa zamówień publicznych z zakresu inwestycji”. O ile bowiem, zasadnym jest możliwość badania przez zamawiającego doświadczenia personelu lub wykonawcy w określonej dziedzinie prawa (np. prawo autorskie, prawo nieruchomości, prawo bankowe), o tyle brak takiego uzasadnienia dla określania takiego doświadczenia ze względu na przedmiot. Wynika to przede wszystkim z istoty świadczenia pomocy prawnej przez zawodowego pełnomocnika (radcę prawnego lub adwokata), która „polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu

projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy” (art. 6 ust. 1 ustawy o radcach prawnych). Pomoc prawna zatem nie dotyczy realizacji innych czynności merytorycznych w zakresie innych dziedzin czy dyscyplin naukowych, co oznacza, że radca prawny czy adwokat nie jest ekspertem w zakresie infrastruktury kolejowej. W związku z tym brak jest jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do badania doświadczenia pod tym względem.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił brak konsekwencji Zamawiającego czy wręcz sprzeczności w jaką popada Zamawiający formułując ww. warunki udziału w postępowaniu. W części wstępnej opisowej do warunku (pkt 8.5.2) wskazuje, że wszystkie poniższe czynności winny dotyczyć „wsparcia prawnego w dziedzinie prawa zamówień publicznych z zakresu Inwestycji”. Natomiast, treść warunku określona w lit. a) jest sprzeczna z tym zwrotem, bowiem Zamawiający wskazuje na konieczność „opracowania lub opiniowania 35 (trzydziestu pięciu) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań”. Zamawiający wyraźnie przywołał w treści ww. warunku konieczność realizacji ww. czynności z zakresu Inwestycji przez którą należy rozumieć „realizacje niżej wyszczególnionych inwestycji budowlanych określonych zgodnie ze stanowiącą załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz. U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) jako a) obiekty inżynierii lądowej i wodnej za wyjątkiem: mostów na drogach wiejskich i leśnych, mostów dla pieszych, kładek, mostków oraz budowli wodnych; b) rurociągi, linie telekomunikacyjne i elektroenergetyczne za wyjątkiem: studni, fontann, hydrantów, wieży ciśnień; c) kompleksowe budowle na terenach przemysłowych za wyjątkiem: zakładów przemysłu ciężkiego, gdzie indziej nie sklasyfikowanych (vide pkt 1.3 ppkt 14 TOM I IDW). Określenie to powoduje brak możliwości wykazania się doświadczeniem w zakresie reprezentacji przed KIO, SO, itp. w postępowaniach, które dotyczyły jakichkolwiek dostaw i usług na rzecz Zamawiającego (PKP PLK S.A), np. dostawę tłucznia, szyn, usług nadzoru, promocji itp.). Jednocześnie jednak Zamawiający formułując wymagania szczegółowe w lit. a pkt 8.5.2 zaprzeczył powyższemu odwołaniu do Inwestycji wskazując na rodzaj zamówienia obejmującego dostawy i usługi bez względu na jego przedmiot. Powyższe, w ocenie Odwołującego, oznacza nie tylko brak logiki w działaniu Zamawiającego, ale przede wszystkim niezasadność ograniczenia pozostałych podpunktów tego warunku do robót budowlanych z zakresu Inwestycji, co zdaje się zauważać sam Zamawiający.

Identyczne zastrzeżenia Odwołujący sformułował w odniesieniu do sposobu określenia doświadczenia osoby w zakresie reprezentowania strony w postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający bowiem jako minimalne wymaganie uznał konieczność wykazania w co najmniej 60 postępowaniach i to z zakresu

Inwestycji (a więc zamówienia na roboty budowlane, o których mowa w pkt 1.3 ppkt 14). Dodatkowo w ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał nadmiernego określenia liczby postępowań, co oznacza wyeliminowanie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia z niniejszego postępowania. Stosownie bowiem do treści wyroku KIO z dnia 6 lutego 2018 r. KIO 127/18 „zamawiający nie jest zobowiązany do dookreślenia wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp. Powinien ustalić jedynie te, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia. Zamawiający musi to uczynić w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, mając na uwadze, iż mają one wpływ na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie. Celem ich wprowadzenia jest bowiem przede wszystkim zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a zatem muszą one być adekwatne i konieczne do osiągnięcia tego celu. Przyjmując, iż określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”, należy także, mieć na uwadze, iż nie tylko nie mogą one być zbyt wygórowane, ale też nie mogą być zbyt niskie. W każdym bowiem takim przypadku mogłyby naruszać uczciwą konkurencję. W pierwszym przypadku przez nadmierne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, natomiast w drugim przypadku przez nadmierne rozszerzenie kręgu wykonawców, także o takich, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to, iż np. nie mają wystarczającego doświadczenia, rozumianego jako umiejętność zdobyta i ugruntowana w praktyce, aby przyjąć, iż dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.”

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie następującej modyfikacji treści SIWZ w zakresie pkt 8.5.2:

„W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę by osoby wchodzące w skład Zespołu posiadały takie doświadczenie, aby Zespół łącznie posiadał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) doświadczenie, które w odniesieniu do usług prawnych obejmowało usługi wsparcia prawnego w dziedzinie prawa zamówień publicznych, które dotyczyły przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, doradztwa prawnego w toku postępowań oraz udziału w postępowaniach i obejmowały swoim zakresem łącznie:

- a) opracowanie lub opiniowanie 35 (trzydziestu pięciu) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, w tym opracowanie lub opiniowanie 20 (dwudziestu)

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy, w których konstrukcja umowy/projekt umowy opierała się na warunkach kontraktowych FIDIC lub innych standardowych warunkach kontraktowych;

- b) opracowanie 20 (dwudziestu) opinii/memorandum odnoszących się do interpretacji przepisów prawa krajowego lub prawa wspólnotowego w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego;
- c) reprezentowanie strony w 20 (dwudziestu) postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową izbą Odwoławczą;
- d) reprezentowanie strony w 5 (pięciu) postępowaniach sądowych przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- e) doradztwo prawne na rzecz zamawiającego w 5 (pięciu) procedurach dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych odnośnie naruszeń Ustawy w procesie udzielania zamówień publicznych w kontekście kwalifikowalności wydatków”.

Uzasadniając zarzuty wskazane w punkcie 2 petitum odwołania odnoszące się do kryteriów oceny ofert, Odwołujący przywołał pkt 19.7 TOM I SIWZ – IDW przedstawiający kryteria oceny ofert w postępowaniu oraz wskazał, że Zamawiający dla każdego z kryterium D1, D2, D3 i D4 określił wzór na podstawie, którego będą przyznawane punkty poszczególnym ofertom złożonym przez wykonawców. Maksymalna ilość punktów w każdym z ww. kryteriów zostanie przyznana wykonawcy, który wykaże się największą ilością wykonanych czynności, które zostały opisane dla każdego z kryterium.

Odwołujący wskazał, że tak określone kryterium w istocie prowadzi do wyboru oferty wykonawcy, który posiada w swoim portfolio największą ilość wykonanych czynności, a nie największe doświadczenie. Czynność zamawiającego jest więc sprzeczna przede wszystkim z ideą i funkcją jaką pełni ustawa Pzp, jak również fundamentalnymi zasadami zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy. Podkreślił, że identyczne doświadczenie będą posiadać osoby, które wykonały/opracowały 1500 czy 1000 opinii prawnych lub SIWZ. Każda taka osoba posiada niezwykle wysokie, bogate doświadczenie w tym obszarze, różnica polega wyłącznie na skali. Tym samym każda taka osoba posiada umiejętności ponadprzeciętne i ilość wykonanych czynności ponad limit nie powinna różnicować ich umiejętności. Natomiast według kryteriów określonych przez zamawiającego osoba w powyższym przykładzie, która opracowała 1000 opinii jest o 1/3 „gorsza” od drugiej. Tak więc po osiągnięciu określonego maksymalnego limitu kryterium „doświadczenie” przestaje mieć jakiegokolwiek znaczenie dla realizacji zamówienia i prowadzi do wyboru wykonawcy największego na rynku. Natomiast Zamawiający określił swoje kryterium jako „doświadczenie”, w związku z tym powinien ustalić górny limit po osiągnięciu, którego uzna, że dana osoba posiada doświadczenie w wymaganym obszarze.

Przedmiotowe określenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert jest konsekwentnie eliminowane z postanowień SIWZ przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 30 kwietnia 2018 (KIO 724/18, KIO 737/18) wskazano, że „powyższe może w ocenie składu orzekającego prowadzić do sytuacji, w której naruszona będzie uczciwa konkurencja, gdyż przewagę uzyska wykonawca, który będzie dysponować personelem posiadającym doświadczenie w tak wielu budowach, przebudowach czy rozbudowach w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, że de facto wyeliminuje możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, którzy mimo dysponowania osobami z mniejszą liczbą realizacji na swoim koncie, również byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie.”

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez ustalenie górnych limitów doświadczenia, tj.: dla kryterium D1- Doświadczenie KIO limitu 60, dla kryterium D2 – Doświadczenie SIWZ limitu 75, dla kryterium D3 – Doświadczenie SO limitu 10, dla kryterium D4 – Doświadczenie korekty finansowe limitu 10. Dodatkowo Odwołujący wniósł o modyfikację Uwagi I ze str. 25 Tom I - IDW według poniższej treści: „UWAGA I: do Kryteriów D1- D4 Zamawiający wymaga aby doświadczenie przedstawione przez Wykonawcę do oceny Kryteriów było doświadczeniem osób z Zespołu Ekspertów określonych w punkcie 8.5.3 ponad wymagane w punkcie 8.5.2. SIWZ w okresie ostatnich 3 lat, z zakresu prawa zamówień publicznych”.

Mając na uwadze postanowienia SIWZ jako jedną spójną całość, a więc analizując łącznie warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert, Odwołujący podkreślił, że została ona określona w sposób ewidentnie naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oznaczony nr 3 w petitum odwołania zdaniem Odwołującego należy uznać za zasadny.

Zamawiający w dniu 12 lipca 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania Zamawiający wskazał m.in. na dokonaną w dniu 10 lipca 2019 r. modyfikację zaskarżonego warunku udziału w postępowaniu oraz przywołał jego obecne brzmienie. Podniósł także, iż w tym samym dniu dokonał modyfikacji definicji pojęcia Inwestycji, o której mowa w 1.3. ppkt 14) TOM I SIWZ – IDW, uszczegóławiając przedmiotowe pojęcie. Mając powyższe na względzie Zamawiający wychodząc naprzeciw wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wydłużył okres doświadczenia jakim legitymować mogą się osoby wchodzące

w skład Zespołu Ekspertów (z 3 do 5 lat) oraz uszczegółowił definicję Inwestycji.

W odniesieniu do kwestii nieuzasadnionego zawężenia realizacji opisanych w warunku usług prawnych do zakresu Inwestycji, Zamawiający wskazał, iż warunek ten jest wprost związany z przedmiotem świadczonych przez wykonawcę usług. Już sama nazwa przedmiotu zamówienia wskazuje, iż przedmiotem zamówienia są „Usługi specjalistycznego doradztwa prawnego w zakresie prawa zamówień publicznych 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.” Zamawiający wyjaśnił, iż ze względu na planowane źródło finansowania przedmiotowego zamówienia, tj. środki pochodzące z Funduszu Spójności w ramach POIiŚ oraz z Instrumentu „Łącząc Europę”, usługi świadczone w ramach zawartej umowy obejmować będą wyłącznie postępowania dotyczące realizowanych przez PKP PLK inwestycji infrastrukturalnych. Z tego względu niezasadne byłoby żądanie od podmiotów biorących udział w postępowaniu wykazania się doświadczeniem w świadczeniu wsparcia prawnego w zakresach innych niż związane z inwestycjami infrastrukturalnymi. PKP PLK jako narodowy zarządca linii kolejowych realizuje obecnie program inwestycyjny zawarty w Krajowym Programie Kolejowym (uchwała Rady Ministrów nr 17/2019 z dnia 19 lutego 2019 r. wraz z załącznikiem nr 3 - Planowane wydatki w latach według docelowych źródeł finansowania) o łącznej wartości prawie 70 mln PLN, obejmujący około 220 projektów i modernizację 9000 km torów. Przeciętna wartość jednej inwestycji kolejowej należy szacować na ponad 100 mln PLN, najwyższa wartość pojedynczej inwestycji, do której na etapie postępowania przetargowego trafiło odwołanie do KIO wynosiła ponad 2 miliardy 700 milionów złotych.

Zamawiający zauważył, że sam Odwołujący podnosi, iż „formułowanie warunków udziału w postępowaniu dokonywane musi być z uwzględnieniem celu, jakiemu ma służyć, czyli zapewnieniu wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.” Nie ulega zaś wątpliwości, iż żądanie przez Zamawiającego, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali się świadczeniem usług prawnych związanych z Inwestycjami ma na celu zapewnienie najlepszej realizacji postawionych przed PKP PLK celów. Zamawiający wskazał także, iż aby zapewnić wysoki poziom świadczonej obsługi prawnej wykonawca powinien móc wykazać, że osoby realizujące zawartą umowę będą posiadały odpowiednią wiedzę na temat specyfiki zamówień publicznych związanych z Inwestycjami. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zupełnie innym stopniem skomplikowania charakteryzują się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi lub dostawy medyczne, innym z dziedziny obronności i bezpieczeństwa państwa, innym na dostawę artykułów biurowych, zaś innym na roboty budowlane oraz usługi i dostawy z nimi związane.

Nie ulega wątpliwości Zamawiającego, iż prawidłowe opracowanie dokumentacji postępowania (również w zakresie zgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego), w tym umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opisu przedmiotu zamówienia stanowi jeden z kluczowych elementów realizacji każdej inwestycji. Istotne jest, iż oferowane obecnie na rynku usługi prawnicze charakteryzują się wysoką specjalizacją. Wśród radców prawnych i adwokatów spotykana jest wysoka specjalizacja w świadczeniu usług nie tylko w zakresie dziedzin prawa ale również innych sektorów rynku. Odnosząc się zaś do usług związanych z doradztwem prawnym na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istotne jest, aby adwokat czy radca prawny świadczący usługi, poza znajomością przepisów prawa zamówień publicznych posiadał rozległą wiedzę z zakresu rynku infrastrukturalnego. Nie można bowiem zapominać iż opracowując czy weryfikując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia konieczne będzie zapewnienie zgodności postanowień tych dokumentów z przepisami np. prawa budowlanego, ochrony środowiska, gospodarki odpadami, prawa telekomunikacyjnego, ustawy o transporcie kolejowym, prawa autorskiego itp. i to tylko część dziedzin prawa, których znajomość będzie niezbędna na etapie uzgadniania lub opracowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym miejscu Zamawiający wskazał, iż przeważająca większość postępowań o udzielenia zamówienia publicznego, dla których świadczone będą usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej przez wyłonionego w niniejszym postępowaniu wykonawcę dotyczyć będzie Inwestycji. Odwołujący zapomina, iż Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu nie jest zobowiązany do zapewnienia możliwości wzięcia udziału w takim postępowaniu wszystkim podmiotom świadczącym na danym rynku usługi prawne. Efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi może zaś przejawiać się wyłącznie w wyborze wykonawcy, który zapewni wysoką jakość świadczonych usług i zminimalizuje ryzyko nieprawidłowego, niezgodnego z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego przeprowadzenia postępowań lub opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający przywołał orzecznictwo Izby, wskazujące, że nie jest zobowiązany do zapewnienia możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom świadczącym dany typ usług na rynku (wyrok z dnia 3 lipca 2017, sygn. akt KIO 1234/17, wyrok z dnia 21 marca 2017 r., sygn. akt KIO 463/17).

Dalej Zamawiający podniósł, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że wyłoniony w niniejszym postępowaniu podmiot ma dysponować adwokatami lub radcami prawnymi mającymi wiedzę techniczną z zakresu Inwestycji. Istotne jest jednak, jak już powyżej wskazano, iż osoby wchodzące w skład Zespołu Ekspertów powinny wykazywać się znajomością specyfiki Inwestycji. Stąd też stawia warunek, aby wykazały się one

doświadczeniem w świadczeniu „wsparcia prawnego w dziedzinie prawa zamówień publicznych z zakresu Inwestycji.” Warunek ten odnosi się do świadczonych przez te osoby usług prawnych związanych z Inwestycjami a nie wiedzy z zakresu np. technologii budowy linii kolejowych, inżynierii mostowej czy frakcji elektrycznej. Intencją Zamawiającego jest, aby wyłoniony w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca legitymował się doświadczeniem zapewniającym maksymalne wsparcie Zamawiającego w procedurze zamówieniowej uwzględniającej specyfikę szeroko pojętych Inwestycji (bez różnicowania ich zakresu, w tym np. inwestycje liniowe, punktowe, kubaturowe, telekomunikacyjne). Zamawiający oczekuje od wykonawcy praktycznej znajomości realiów prowadzenia Inwestycji, w tym Inwestycji opartych na FIDIC, ze względu na to, że wymaga profesjonalnego wsparcia prawnego w tym zakresie. Brak takiego profesjonalnego wsparcia może skutkować dla Zamawiającego nie tylko naruszeniami ustawy Pzp, ale również mającymi negatywne konsekwencje kontrolami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Centrum Unijnych Projektów Transportowych, w wyniku których mogą zostać nałożone na Zamawiającego korekty finansowe lub wskaźnik pomniejszający wartość kwalifikowaną kontraktu.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o braku konsekwencji Zamawiającego czy wręcz sprzeczności w jaką popada formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający wyjaśnił, iż w dniu 10 lipca 2019 r. zmodyfikował definicję Inwestycji. Zgodnie z jej obecnym brzmieniem „(...)Przez realizację inwestycji budowlanych rozumie się następujące etapy: opracowanie studium wykonalności inwestycji, opracowanie dokumentacji przedprojektowej, opracowanie dokumentacji projektowej, dostawy, roboty budowlane, nadzór nad realizacją robót budowlanych oraz nadzór autorski.” Tym samym, postępowanie w części odnoszącej się do tego zarzutu powinno zostać umorzone.

Podsumowując powyższe rozważania, Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r., sygn. akt XII Ga 143/09 i wskazał, iż Zamawiający zamawia świadczenie usług doradztwa prawnego z dziedziny prawa zamówień publicznych w zakresie Inwestycji, a nie dowolne usługi doradztwa prawnego w dziedzinie Pzp. Stawiany przez niego warunek jest ściśle związany z prowadzoną przez niego działalnością, tj. realizacją inwestycji kolejowych, stanowiących jeden z elementów Inwestycji.

Odnosząc się zaś do podnoszonego przez Odwołującego zarzutu nadmiernie określonej liczby postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą (tj. 60), Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z przedstawioną przez Odwołującego argumentacją. Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z punktem 8.5.2 dopuszcza wykazanie świadczonych usług na przestrzeni ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Co więcej, wykazane doświadczenie 60 postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą może być wykazane przez 4 osoby łącznie. Tym samym,

biorąc pod uwagę fakt, iż w czasookresie 5 lat mieści się łącznie 60 miesięcy, nawet gdyby wykonawca zdecydował się na wskazanie jednej osoby świadczącej usługi reprezentacji przez Krajową Izbę Odwoławczą, osoba ta musiałaby wykazać się średnio 1 reprezentacją na miesiąc. Mając zaś na względzie, iż warunek ten mogą spełniać 4 osoby łącznie, to na jedną osobę przypada 1 reprezentacja przed Krajową Izbą Odwoławczą na kwartał, 15 reprezentacji w przeciągu pięciu lat. Zdaniem Zamawiającego istotne jest, iż jak wynika z treści Biuletynów Informacyjnych Urzędu Zamówień Publicznych, na przestrzeni od stycznia 2017 r. do maja 2019 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w 2017 r. - 2749 odwołań; w 2018 r. - 2714 odwołań; w okresie styczeń - maj 2019 r. - 1000 odwołań. Powyższe dane pokazują, iż podnoszony przez Odwołującego zarzut jest absurdalny. Nie można bowiem uznać, iż wymaganie wykazania przez wykonawcę Zespołu Ekspertów składającego się z 4 osób, które na przestrzeni ostatnich 5 lat świadczyło 60 usług reprezentacji przed KIO z zakresu Inwestycji było warunkiem nadmiernym. Zamawiający wskazał bowiem, iż w ciągu niecałych 2,5 lat, do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło łącznie ponad 6000 odwołań. W większości tych przypadków strony postępowania (co najmniej dwie) reprezentowane były przez profesjonalnego pełnomocnika, co daje łącznie około 12000 usług reprezentacji w okresie 2,5 roku.

W tym miejscu Zamawiający zaznaczył, iż ma na względzie fakt, iż nie wszystkie z tych odwołań dotyczyły Inwestycji. Przyjmując jednak, iż około 30% z nich dotyczyło szeroko rozumianego pojęcia Inwestycji i zwianych z nimi postępowań na „opracowanie studium wykonalności inwestycji, opracowanie dokumentacji przedprojektowej, opracowanie dokumentacji projektowej, dostawy, roboty budowlane, nadzór nad realizacją robót budowlanych oraz nadzór autorski” strony przed KIO reprezentowało około 360 pełnomocników, w okresie ostatnich lat co daje średnio około 720 odwołań w ciągu 5 lat. Nie można również uznać, że wskazana przez Zamawiającego liczba zastępstw przed Krajową Izbą Odwoławczą jest nieuzasadniona i nadmierna, ze względu na fakt, iż tylko w ciągu ostatnich trzech lat, w związku z prowadzonymi przez Zamawiającego postępowaniami, do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło ponad 150 odwołań. Wśród podmiotów zamawiających na polskim rynku zamówień publicznych działa jednakże jeszcze co najmniej jeden podmiot prowadzący postępowania na podobną (a nawet większą) skalę, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. Dalej Zamawiający podkreślił, iż z uwagi na szeroki zakres definicji Inwestycji, spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania mogą wykazać podmioty świadczące pomoc prawną na rzecz zamawiających i wykonawców inwestycji, m.in.: drogowych, tramwajowych, telekomunikacyjnych, rurociągów, linii elektroenergetycznych, obiektów inżynierskich i wielu innych.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczącego kryteriów oceny ofert, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący stara się przeforsować tezę, jakoby kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego prowadziły do wyboru oferty wykonawcy, który posiada w swoim portfolio największą liczbę wykonanych czynności, a nie największe doświadczenie, co prowadzić ma do naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Zamawiającego zaprezentowana przez Odwołującego argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Naturalne jest, że im więcej danych czynności wykonał wykonawca, tym większym doświadczeniem w określonym obszarze może się poszczycić. To właśnie liczba wykonanych czynności powoduje, że doświadczenie wykonawcy jest weryfikowalne, mierzalne, a w rezultacie porównywalne z doświadczeniami pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie ma innych narzędzi, które pozwalałyby mu ocenić, który wykonawca odznacza się większym doświadczeniem, a w rezultacie dokonać (rzetelnego) wyboru oferty (rzeczywiście) najkorzystniejszej - w ramach kryteriów pozacenowych. Nie powinno przy tym umknąć uwadze, że Odwołujący z jednej strony przyjmuje, że kryteria oceny ofert nie powinny odnosić się do liczby wykonanych czynności, z drugiej strony proponuje górne limity doświadczenia, które odnoszą się właśnie do liczby wykonanych czynności.

Zamawiający wskazał, iż wymaganie ustalenia górnych limitów doświadczenia w kryteriach oceny ofert jest przejawem niezrozumienia przez Odwołującego instytucji kryteriów oceny ofert, funkcji, którą pełnią w postępowaniu, jak również zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu, które mają umożliwić zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a zatem muszą być spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, kryteria oceny ofert służą do przeprowadzenia przez zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, której celem jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej (co nie oznacza, że obok warunków udziału w postępowaniu nie mogą weryfikować jakości wykonania zamówienia przez wykonawcę, o czym dalej). Z założenia kryteria oceny ofert nie są spełnione w równym stopniu przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jeżeli zaś są spełnione w równy sposób przez wszystkich wykonawców, to prawdopodobnie nie spełniają roli, dla której zostały ustalone - pomimo sformułowania ich przez zamawiającego nie jest możliwy wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej (w ramach tych kryteriów). Tym samym, prawidłowo sformułowane kryterium pozacenowe odnoszące się do doświadczenia powinno pozwolić zamawiającemu ocenić, który wykonawca spełnia je w największym stopniu, a w rezultacie umożliwić przyznanie wykonawcy odpowiedniej liczby punktów będącej

odzwierciedleniem tego doświadczenia. Nie powinna mieć przy tym miejsca sytuacja, w której wykonawcy o różnym doświadczeniu (jeden większym, drugi mniejszym) otrzymują w ramach kryterium taką samą liczbę punktów; to świadczyłoby właśnie o tym, że postępowanie prowadzone jest w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w ustawie Pzp. Powyższe koresponduje z poglądami wyrażanymi przez przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych, którzy zwracają uwagę na cel kryteriów oceny ofert oraz konieczność zapewnienia właściwego obiektywizmu ich oceny. W tym zakresie Zamawiający przywołał poglądy I. S.-K. oraz M. K. .

Kierując się powyższym, Zamawiający zauważył, że kryteria pozacenowe sformułowane w niniejszym postępowaniu pozwalają na przyznanie największej liczby punktów wykonawcom, którzy rzeczywiście mogą poszczycić się największym doświadczeniem. Ustalenie maksymalnego doświadczenia w kryteriach mogłoby zaś zmusić Zamawiającego do przyznania największej liczby punktów w danym kryterium wykonawcom, którzy odznaczają się takim samym doświadczeniem tylko wobec faktu ustalenia górnego limitu doświadczenia, a nie wobec faktu, że rzeczywiście posiadają największe doświadczenie. W rezultacie, sformułowane kryteria oceny ofert straciłyby swój sens, przestałyby być obiektywne i wymierne, a ostatecznie zamówienie mógłby uzyskać wykonawca o doświadczeniu znacznie uboższym, niż pozostali wykonawcy, którego oferta nie jest ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą. Tym bardziej nie jest możliwe ustalenie górnych limitów doświadczenia zgodnie z żądaniem odwołania, które wyraża wyłącznie subiektywne potrzeby i interes Odwołującego. Ustalenie limitów na poziomie zaproponowanym przez Odwołującego nie tylko pozbawiłoby kryteriów ich obiektywności, ale sprawiłoby także, że kryteria te nie korespondowałyby z przedmiotem, zakresem i specyfiką udzielanego zamówienia. Na rynku działa bowiem wielu wykonawców, którzy z łatwością wykazaliby doświadczenie na takim poziomie, który proponuje Odwołujący. Przykładowo, ustalenie maksymalnego doświadczenia w „Kryterium D1 - Doświadczenie KIO” na poziomie zaproponowanym przez Odwołującego sprowadzałoby się do tego, że maksymalną liczbę punktów w tym kryterium otrzymałby wykonawca, który uzyskał 60 (sześćdziesiąt) rozstrzygnięć postępowań odwoławczych przynajmniej częściowo korzystnych dla strony, którą reprezentował. Zważywszy zaś, że na potrzeby kryterium bierze się pod uwagę doświadczenie Zespołu Ekspertów składającego się z 4 osób, zdobyte w okresie 3 (trzech) ostatnich lat, wystarczyłoby, że każdy członek Zespołu Ekspertów uzyskał po 5 (pięć) takich rozstrzygnięć w każdym z 3 (trzech) ostatnich lat. W ten sposób Kryterium D1 sformułowane przez Zamawiającego przestałoby być gwarantem wyboru rzeczywiście najkorzystniejszej oferty. Powyższe odnosi się także do pozostałych kryteriów oznaczonych symbolami D2, D3, D4. Ustalenie górnych limitów doświadczenia zgodnie z żądaniem z odwołania nie zapewniałoby również tego, że zwycięski wykonawca wykona

zamówienie w należyty, oczekiwany od niego sposób. W tym kontekście Zamawiający przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/135

Jednocześnie, mając na względzie argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w części odnoszącej się do pierwszego z zarzutów, Zamawiający nie zgodził się z proponowaną przez Odwołującego modyfikacją treści Uwagi I, zawartej w pkt 19.7.5. TOMU I SIWZ - IDW. Jak już Zamawiający wskazał, przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia usług doradztwa prawnego w dziedzinie prawa zamówień publicznych w związku z realizowanymi przez PKP PLK inwestycjami kolejowymi. W związku z tym zasadne, proporcjonalne i nieutrudniające uczciwej konkurencji jest żądanie przez Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem związanym z szeroko rozumianymi Inwestycjami.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1. ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Zamawiający wskazał, iż ma świadomość ograniczenia wynikającego z tego przepisu, niemniej stoi na stanowisku, że w sposób prawidłowy i uprawniony dokonał opisu spełniania warunków udziału i kryterium oceny ofert w taki sposób, że oczekuje proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i celu jaki on ma spełniać, kwalifikacji, doświadczenia i potencjału wykonawców. W tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2018, sygn. akt. KIO 724/18. Wskazał także, iż przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia uczciwej konkurencji, pojęcie to należy zatem zdefiniować w świetle przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”). Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. U.z.n.k. w sposób szczegółowy opisuje w artykułach 5-17d poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji. W postępowaniach w przedmiocie zamówień publicznych najczęściej zarzuca się działanie stanowiące naruszenie przepisów art. 15 ust. 1 punkt 1 i 3 u.z.n.k., przy czym Zamawiającemu zarzuca się czyn nieuczciwej konkurencji polegający na rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowanym traktowaniu niektórych klientów. Istotne jest jednak, iż zgodnie z poglądami doktryny zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje, iż wszyscy wykonawcy biorący lub chcący wziąć udział w postępowaniu winni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie.

Istotne jest ponadto, iż dokonywanie oceny spełniania warunków oraz oceny ofert winno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś w oparciu o inną wiedzę zamawiającego. Na potwierdzenie powyższej argumentacji Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r., sygn. akt XII Ga 143/09.

Na rozprawie pismo procesowe złożył także Przystępujący, wskazując na bezzasadność odwołania.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do warunków udziału w postępowaniu podniósł m.in., iż w jego ocenie warunki, jakie Zamawiający określił w pkt 8.5.2. IDW są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Niemożność spełnienia lub utrudnienie ich spełnienia przez wykonawcę zainteresowanego zamówieniem nie uzasadnia obniżenia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert czy zmiany opisu przedmiotu zamówienia, bowiem Zamawiający tworzy dane warunki, kryteria, OPZ, zgodnie ze swoimi wymaganiami oraz uzasadnionymi potrzebami. Na potwierdzenie swojej argumentacji Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 724/18, wyrok WSA z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt V SA/WA 257/17, wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1518/18. W jego ocenie, kwestie te mają kluczowe znaczenie przy obsłudze prawnej Zamawiającego. Wielokrotnie wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na świadczenie obsługi prawnej w zakresie Pzp oświadczaali, iż ich wiedza i doświadczenie zapewni prawidłowe wykonanie umowy, podczas gdy nie byli w stanie sprostać zadaniom wynikającym z bieżącej obsługi danego podmiotu. Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia ma istotne znaczenie bowiem posiłkując się opinią czy stanowiskiem tych osób Zamawiający podejmują istotne decyzje w związku z przygotowywanym bądź prowadzonym postępowaniem, a decyzje te niejednokrotnie muszą być podejmowane bez zbędnej zwłoki. Przystępujący wskazał także na wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2285/16. Dalej podniósł, iż z informacji przez niego posiadanych wynika, że postępowania o udzielenie zamówienia cieszą się dużym zainteresowaniem wykonawców, w związku z czym wykonawcy chcąc uzyskać dane zamówienia stosują niemal na każdym etapie postępowania, środki ochrony prawnej. Określenie zatem jako warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w zakresie reprezentacji przez strony w 60 postępowaniach odwoławczych przed KIO jest w pełni współmierne i uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Przystępujący podniósł także, iż analiza postępowań prowadzonych przez Zamawiającego wykazała, że większościowy udział stanowią postępowania z zakresu robót budowlanych co przemawia za tym, żeby warunkiem udziału w postępowaniu kształtować właśnie w sposób, jaki dokonał tego Zamawiający. Wykazując spełnienie warunków

dotyczących realizacji pomocy prawnej z zakresu inwestycji budowlanych, wykonawca wykaże, iż posiada wiedzę oraz doświadczenie pozwalające mu na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz zrozumienie istoty rozpatrywanej sprawy. Postępowania prowadzone przez Zamawiającego są postępowaniami wysokospecjalistycznymi, wymagającymi zaangażowania osób posiadających wiedzę techniczną, merytoryczną, które biorą udział w opracowaniu warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert czy przygotowania OPZ. Zadaniem wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie będzie analiza, pomoc, weryfikacja powyższego w oparciu nie tylko o wymagania ustawy Pzp, ale również innych przepisów prawnych właściwych dla danego rodzaju zamówienia. Niewątpliwie doświadczenie w powyższym zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia ma znaczenie z punktu widzenia m.in. szybkości i staranności prowadzonego postępowania. W ocenie Przystępującego doświadczenie zespołu realizującego zamówienie ma istotne znaczenie dla zapewnienia i realizacji zasad wynikających z ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów odnoszących się do ustalenia kryteriów oceny ofert, Przystępujący wskazał w szczególności, iż wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia w ramach poszczególnych kryteriów doświadczenia limitowanego wskazanym przez Zamawiającego okresem, co oznacza, iż wykaz doświadczenia nie jest ograniczony. Dalej Przystępujący wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że określenie powyższego kryterium oceny ofert prowadzi do wyboru oferty wykonawcy, który posiada największą ilość wykonanych czynności, a nie tego, który posiada największe doświadczenie. Zdaniem Przystępującego im więcej czynności określonych w kryterium dany wykonawca wykona, tym zdobędzie większe doświadczenie. Czynności wykonywane przez adwokatów bądź radców prawnych dotyczące m. in. sporządzenia SIWZ, opinii prawnych bądź występowania jako pełnomocnika przed KIO, mają bezpośrednie przełożenie na ich doświadczenie. Przystępujący nie zgodził się także z twierdzeniem, iż identyczne doświadczenie będą posiadały osoby, które wykonały/opracowały 1000 czy 1500 opinii lub SIWZ. Opracowanie SIWZ wprawdzie wiąże się z wykonywaniem powtarzalnych czynności, jednakże każda specyfikacja wymaga odrębnego przygotowania, analizy i opracowania „wsadu merytorycznego”. Zdarzyć się może, że wykonawca przygotował 1500 specyfikacji na dostawy, natomiast nie przygotował ani jednej na roboty budowlane. To z kolei oznacza, iż cytowane powyżej twierdzenie Odwołującego nie jest prawidłowe. W praktyce częstokroć Zamawiający prowadzą postępowanie nie określając, jak w przedmiotowej sprawie, górnego limitu doświadczenia. Wykonawca zatem ma pełną swobodę co do przedstawienia swojego doświadczenia limitowanego jedynie okresem ostatnich trzech lat. Tak określone kryteria oceny ofert pozwalają na wykazanie jak największego doświadczenia danego wykonawcy.

Dalej Przystępujący wskazał, iż skonstruowane kryteria oceny ofert w żaden sposób nie

ograniczają prawa udziału Odwołującego w postępowaniu. Okoliczność, że dany wykonawca nie posiada doświadczenia spełniającego wymagania Zamawiającego, które pozwoliłaby mu uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium doświadczenie (D1, D2, D3, D4), nie uniemożliwia mu złożenia ważnej oferty i ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Doświadczenie jednego wykonawcy nie przesądza, że ustalone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert nie jest związane z przedmiotem zamówienia, pozostaje do niego nieadekwatne czy też narusza zasadę uczciwej konkurencji, proporcjonalności i nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Są to okoliczności o charakterze obiektywnym, a ich wykazanie jest obowiązkiem Odwołującego, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp spoczywa ciężar dowodu. Obowiązkiem temu, w ocenie Przystępującego, Odwołujący nie sprostał.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, iż w związku z niezasadnością poprzednich zarzutów, zarzut ten jest gołosłowny, a ponadto nie może stanowić samodzielnej podstawy prawnej uzasadniającej naruszenia zasady Pzp, w kontekście czego przywołał wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 979/18.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Na posiedzeniu Zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania o notatkę dotyczącą szacowania wartości zamówienia, wskazującą, iż wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art. 138g ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty. Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie

przedmiotowym postępowaniem, Izba uznała, iż sposób ukształtowania postanowień SIWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, pytania wykonawców do treści SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego wyjaśniające treść SIWZ oraz dokonane przez niego modyfikacje treści SIWZ i sprostowania ogłoszenia o zamówieniu. Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 10 lipca 2019 roku, jak również wnioskowane przez ww. podmioty dowody z dokumentów w postaci:

- 1) wyciągu z IDW w postępowaniu nr IREZA5b-0816-01/19 (dowód złożony przez Odwołującego);
- 2) zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 lutego 2016 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/07467/04952/15/P (dowód złożony przez Odwołującego);
- 3) informacji z otwarcia ofert z dnia 18 lutego 2015 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/000005/14/P (dowód złożony przez Odwołującego);
- 4) informacji z otwarcia ofert z dnia 16 maja 2016 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/01088/02019/16/P (dowód złożony przez Odwołującego);
- 5) zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 marca 2015 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/000001/14/P (dowód złożony przez Odwołującego);
- 6) zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 sierpnia 2016 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/01088/02019/16/P (dowód złożony przez Odwołującego);
- 7) wyciągu z umowy nr 60/024/0011/13/W/O (dowód złożony przez Odwołującego);
- 8) wyciągu z umowy nr 60/016/0016/16/Z/O (dowód złożony przez Odwołującego);
- 9) wyciągu z umowy nr 90/107/0064/14/Z/O (dowód złożony przez Odwołującego);
- 10) zaproszenia do negocjacji z dnia 15 stycznia 2016 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/19301/00260/16/P (dowód złożony przez Odwołującego);
- 11) protokołu odbioru z dnia 2 lipca 2019 r. dot. umowy nr 60/016/0016/16/Z/O
- 12) ogłoszenia o zamówieniu nr 2016/S 077-137489 prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad (dowód złożony przez Odwołującego);
- 13) ogłoszenia o zamówieniu nr 2016/S 048-080058 prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję

- Dróg Krajowych i Autostrad (dowód złożony przez Odwołującego);
- 14) wyciągu z IDW w postępowaniu nr IREZA5a-2130-216-03/14 (dowód złożony przez Odwołującego);
 - 15) formularza zlecenia nr IREZA5i-0815-01/19 (dowód złożony przez Odwołującego);
 - 16) formularza zlecenia nr 3/IREZA5b-0816-01/2018 (dowód złożony przez Odwołującego);
 - 17) formularza zlecenia nr K3/IORI-3-2019 (dowód złożony przez Odwołującego);
 - 18) odpisu wyroku KIO z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 187/17 (dowód złożony przez Odwołującego);
 - 19) odpisu uchwały KIO z dnia 17 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KU 31/17 (dowód złożony przez Odwołującego);
 - 20) wyciągu z IDW, informacji z otwarcia ofert z dnia 18 lutego 2015 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 maja 2015 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/000005/14/P (dowody złożone przez Zamawiającego);
 - 21) wyciągu z IDW, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 maja 2015 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/000002/15/P (dowody złożone przez Zamawiającego);
 - 22) wyciągu z IDW, informacji z otwarcia ofert z dnia 16 grudnia 2015 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 lutego 2016 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/07467/04952/15/P (dowody złożone przez Zamawiającego);
 - 23) wyciągu z IDW, informacji z otwarcia ofert z dnia 2 marca 2016 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 marca 2016 r. oraz z dnia 9 listopada 2017 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/19636/07512/15/P (dowody złożone przez Zamawiającego);
 - 24) wyciągu z IDW, informacji z otwarcia ofert z dnia 16 maja 2016 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 sierpnia 2016 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/01088/02019/16/P (dowody złożone przez Zamawiającego);
 - 25) wyciągu z IDW, informacji z otwarcia ofert z dnia 10 marca 2017 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 maja 2017 r., z dnia 30 maja 2017 r. i z dnia 26 czerwca 2017 r. w postępowaniu nr 6060/ICZ4/06457/02241/16/P (dowody złożone przez Zamawiającego);
 - 26) zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29 listopada 2013 r. o znaku ICZ4d-0815-DP-53/13 (dowód złożony przez Zamawiającego);
 - 27) wykazu czynności realizowanych przez Przystępującego w kwietniu 2018 r. (dowód złożony przez Zamawiającego).

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 czerwca 2019 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 118-290660. W tym samym dniu Zamawiający opublikował treść SIWZ na swojej stronie internetowej. W punkcie 1.1. i 1.2. Tom I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców (dalej „IDW”) wskazano, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie Działu III Rozdziału V ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 2.1. Tom I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców (dalej „IDW”) przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług specjalistycznego doradztwa prawnego w zakresie prawa zamówień publicznych 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. Przedmiot zamówienia został opisany przez kod CPV 79.11.00.00-8 Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej (pkt 2.2. IDW), objęty zakresem załącznika nr XVII do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE. L. Nr 94 str. 243, „Dyrektywa sektorowa”).

W punkcie 1.3.14 IDW zawarto definicję Inwestycji, przez którą należy rozumieć realizację niżej wyszczególnionych inwestycji budowlanych określonych zgodnie ze stanowiącą załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) jako: a) obiekty inżynierii lądowej i wodnej za wyjątkiem: mostów na drogach wiejskich i leśnych, mostów dla pieszych, mostków oraz budowli wodnych; 2) rurociągi, linie telekomunikacyjne i elektroenergetyczne za wyjątkiem: studni, fontann, hydrantów, wieży ciśnień; 3) kompleksowe budowle na terenach przemysłowych za wyjątkiem: zakładów przemysłu ciężkiego, gdzie indziej nie sklasyfikowanych.

Zgodnie z punktem 1.3.15 IDW (w brzmieniu zmienionym 28 czerwca 2018 r.) jako Zespół Ekspertów/Zespół definiuje się osoby realizujące przedmiot umowy, wskazane przez wykonawcę w ofercie lub zaakceptowane przez Zamawiającego zgodnie z zasadami opisanymi w umowie.

W punkcie 8.2.3 IDW Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z punktem 8.5.2 IDW, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW, wymagane jest wykazanie przez wykonawcę, by osoby wchodzące w skład Zespołu posiadały jakieś doświadczenie, aby Zespół łącznie posiadał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) doświadczenie, które w odniesieniu do usług prawnych obejmowało usługi wsparcia prawnego

w dziedzinie prawa zamówień publicznych z zakresu Inwestycji, które dotyczyły przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, doradztwa prawnego w toku postępowań oraz udziału w postępowaniach i obejmowały swoim zakresem łącznie:

- a) opracowanie lub opiniowanie 35 (trzydziestu pięciu) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, w tym opracowanie lub opiniowanie 20 (dwudziestu) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy, w których konstrukcja umowy/projekt umowy opierała się na warunkach kontraktowych FIDIC lub innych standardowych warunkach kontraktowych;
- b) opracowanie 20 (dwudziestu) opinii/memorandum odnoszących się do interpretacji przepisów prawa krajowego lub prawa wspólnotowego w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego;
- c) reprezentowanie strony w 60 (sześćdziesięciu) postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- d) reprezentowanie strony w 5 (pięciu) postępowaniach sądowych przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- e) doradztwo prawne na rzecz zamawiającego w 5 (pięciu) procedurach dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych odnośnie naruszeń Ustawy w procesie udzielania zamówień publicznych w kontekście kwalifikowalności wydatków.

Jak wskazano w pkt 8.5.3 IDW dodatkowo, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w postaci Zespołu Ekspertów składającego się z 4 (czterech) osób, z których każda posiada ważne uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego lub posiadają prawo do świadczenia pomocy prawnej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 2014 r., poz. 134). Każda z osób z Zespołu Ekspertów ma posiadać doświadczenie w przynajmniej 4 zakresach określonych w punkcie 8.5.2. (od a do e) w łącznej liczbie nie mniejszej niż 20 czynności.

W pkt 19 IDW przedstawiono tryb i sposób oceny ofert. Zgodnie z pkt 19.7 w postępowaniu ustalono następujące kryteria oceny ofert: C – Cena stawki godzinowej brutto o wadze 45 pkt, D1 – Doświadczenie KIO o wadze 20 pkt, D2 – Doświadczenie SIWZ o wadze 15 pkt, D3 – Doświadczenie SO o wadze 10 pkt, D4 – Doświadczenie korekty finansowe o wadze 10 pkt.

Dla kryterium D1 wykonawca ma przedstawić postępowania odwoławcze przed KIO dla których rozstrzygnięcie było przynajmniej częściowo korzystne dla strony, którą reprezentował Wykonawca. Punkty za to kryterium zostaną obliczone wg wzoru: $D1 = D1b/D1n \times 20$, gdzie D1n oznacza największą liczbę przedstawionych przez wykonawcę postępowań przed KIO, dla których rozstrzygnięcie było korzystne dla strony, którą reprezentował wykonawca, a D1b oznacza liczbę przedstawionych w badanej ofercie przez wykonawcę postępowań przed KIO, dla których rozstrzygnięcie było korzystne dla strony, którą reprezentował wykonawca.

Dla kryterium D2 wykonawca ma przedstawić doświadczenie w opracowaniu lub zaopiniowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego. Punkty za to kryterium zostaną obliczone wg wzoru: $D2 = D2b/D2n \times 15$, gdzie D2n oznacza największą liczbę opracowanych lub opiniowanych SIWZ sporządzonych na podstawie ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, a D2b oznacza liczbę opracowanych lub opiniowanych SIWZ sporządzonych na podstawie ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego w badanej ofercie.

Dla kryterium D3 wykonawca ma przedstawić doświadczenie w reprezentacji strony w postępowaniach sądowych w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Punkty za to kryterium zostaną obliczone wg wzoru: $D3 = D3b/D3n \times 10$, gdzie D3n oznacza największą liczbę reprezentacji strony w postępowaniach sądowych przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a D3b oznacza liczbę przedstawionych reprezentacji strony w postępowaniach sądowych przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w badanej ofercie.

Dla kryterium D4 (z uwzględnieniem zmian treści SIWZ dokonanych 28 czerwca 2019 r.) wykonawca ma przedstawić doświadczenie w doradztwie prawnym na rzecz zamawiającego w procedurach dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych, co do naruszeń ustawy w procesie udzielania zamówień publicznych w kontekście kwalifikowalności wydatków, które skutkowało uchynieniem zastrzeżeń instytucji kontrolującej lub zmniejszeniem wysokości korekty finansowej. Punkty za to kryterium zostaną obliczone wg wzoru: $D4 = D4b/D4n \times 10$, gdzie D4n oznacza największą liczbę usług doradztwa prawnego na rzecz zamawiającego w procedurach dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych, co do naruszeń

ustawy w procesie udzielania zamówień publicznych w kontekście kwalifikowalności wydatków, które skutkowało uchynieniem zastrzeżeń instytucji kontrolującej lub zmniejszeniem wysokości korekty finansowej, a D4b oznacza liczbę usług doradztwa prawnego na rzecz zamawiającego w procedurach dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych, co do naruszeń ustawy w procesie udzielania zamówień publicznych w kontekście kwalifikowalności wydatków, które skutkowało uchynieniem zastrzeżeń instytucji kontrolującej lub zmniejszeniem wysokości korekty finansowej w badanej ofercie.

Zgodnie z Uwagą I do kryteriów D1-D4 Zamawiający wymaga, aby doświadczenie przedstawione przez Wykonawcę do oceny Kryteriów było doświadczeniem osób z Zespołu Ekspertów określonych w punkcie 8.5.3 ponad wymagane w punkcie 8.5.2. SIWZ w okresie ostatnich 3 lat, z zakresu prawa zamówień publicznych, z zakresu Inwestycji.

W dniu 10 lipca 2019 r., w związku z zadaniem pytaniem jednego z wykonawców, który wnosił o wydłużenie okresu udokumentowanego doświadczenia w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW z 3 do 10 lat (pytanie nr 6) Zamawiający, przychyliając się częściowo do wniosku wykonawcy, dokonał modyfikacji treści pkt 8.5.2 IDW wydłużając ten okres z 3 do 5 lat. Zamawiający wyjaśnił, iż wydłużenie okresu udokumentowanego doświadczenia z 3 do 5 latu w dostatecznym stopniu zwiększy prawdopodobieństwo złożenia dużej ilości ofert. Zgodna na zwiększenie przedmiotowego okresu do 10 lat, o co wnioskował wykonawca, przeczyłaby zasadzie proporcjonalności. Zgodnie z tą zasadą powinna zostać zachowana równowaga między interesem potencjalnych wykonawców, a interesem Zamawiającego, który to interes w przedmiotowym postępowaniu polega na uzyskaniu ofert od wykonawców posiadających jak najbardziej aktualną wiedzę i doświadczenie w opisanym w IDW zakresie. Pkt 8.5.2 IDW otrzymał brzmienie:

„W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW, wymagane jest wykazanie przez wykonawcę, by osoby wchodzące w skład Zespołu posiadały jakie doświadczenie, aby Zespół łącznie posiadał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) doświadczenie, które w odniesieniu do usług prawnych obejmowało usługi wsparcia prawnego w dziedzinie prawa zamówień publicznych z zakresu Inwestycji, które dotyczyły przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, doradztwa prawnego w toku postępowań oraz udziału w postępowaniach i obejmowały swoim zakresem łącznie:

- a) opracowanie lub opiniowanie 35 (trzydziestu pięciu) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, w tym opracowanie lub opiniowanie 20 (dwudziestu)

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie Ustawy, w których konstrukcja umowy/projektu umowy opierała się na warunkach kontraktowych FIDIC lub innych standardowych warunkach kontraktowych;

- b) opracowanie 20 (dwudziestu) opinii/memorandum odnoszących się do interpretacji przepisów prawa krajowego lub prawa wspólnotowego w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego;
- c) reprezentowanie strony w 60 (sześćdziesięciu) postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- d) reprezentowanie strony w 5 (pięciu) postępowaniach sądowych przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- e) doradztwo prawne na rzecz zamawiającego w 5 (pięciu) procedurach dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych odnośnie naruszeń Ustawy w procesie udzielania zamówień publicznych w kontekście kwalifikowalności wydatków.

Dalej, w tym samym piśmie, w odpowiedzi na pytanie 7 czy zamówienia, które były przedmiotem rozpraw wskazywanych na potwierdzenie spełnienia warunków opisanych w lit. c i d pkt 8.5.2.IDW muszą dotyczyć inwestycji, Zamawiający potwierdził, iż muszą one dotyczyć inwestycji. Wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest specjalistyczne doradztwo prawne dotyczące specyficznego obszaru, jakim są inwestycje infrastrukturalne. Naturalnym jest, że Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu w obszarze tożsamym z przedmiotem zamówienia. Ograniczenie wymaganego doświadczenia do obszaru inwestycji zapewni udział w postępowaniu podmiotów dających rękojmię należytego wykonania. Zamawiający wskazał, iż wykonawca w pytaniu odniósł się do statystyk dotyczących robót budowlanych, jednak definicja „Inwestycji” na potrzeby przedmiotowego postępowania obejmuje szerszy zakres. W celu wyjaśnienia wątpliwości związanych z interpretacją tej definicji Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji treści pkt 1.3.14 IDW. W treści tej definicji dodano: „Przez realizację inwestycji budowlanych rozumie się następujące etapy: opracowanie studium wykonalności inwestycji, opracowanie dokumentacji przedprojektowej, opracowanie dokumentacji projektowej, dostawy, roboty budowlane, nadzór nad realizacją robót budowlanych oraz nadzór autorski.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W myśl ust. 1b pkt 3 tego przepisu warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei jak stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Mając na uwadze, iż przedmiotem zamówienia są usługi społeczne określone kodem CPV 79.11.00.00-8 objętym zakresem załącznika nr XVII do Dyrektywy sektorowej dodać należy, iż zgodnie z art. 138m do zamówień na usługi społeczne przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 stosuje się odpowiednio. W postępowaniu na usługi społeczne Zamawiający ma obowiązek także uwzględnić zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności (art. 138k ustawy Pzp).

Jak wskazuje się w orzecznictwie i na co słusznie zwracał uwagę Odwołujący, zasadniczym problemem jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich proporcjonalności, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający definiuje cechy podmiotu, jakie są obiektywnie adekwatne dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i daje gwarancję wiarygodności. Warunki udziału w postępowaniu związane są z przymiotami wykonawcy, poprzez które zamawiający określa, zgodnie z potrzebami danego postępowania, które powinny być rzeczowo uzasadnione, jakie doświadczenie i wiedza pozwolą na uznanie wykonawcy za wiarygodnego partnera. Jednakże granicą wymagań zamawiającego, co do opisu sposobu oceny spełniania warunku, jest przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji (por. m.in. uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt KIO/KD 2/18).

Ponadto na kanwie brzmienia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe mają być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wyrażenie ich jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do

przedmiotu zamówienia nie została zdefiniowana. W tym zakresie skład orzekający podziela stanowisko wypracowane w orzecznictwie Izby, iż opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy dokonać w sposób proporcjonalny, a więc z uwzględnieniem charakteru zamówienia, ilości lub jego znaczenia oraz przeznaczenia. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Niemniej jednak celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, ale tylko tych wykonawców, którzy wykażą swą zdolność do należytego wykonania danego zamówienia. Dlatego też opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny jego spełnienia powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. powinien być niezbędny do realizacji jego celu, czyli ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest przy tym zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi wówczas, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji (por. m.in. wyrok KIO z dnia 16 maja 2016 r, sygn. akt KIO 721/16).

Mając na uwadze powyższe wytyczne Izba stwierdziła, iż sposób określenia warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego nie narusza zasady proporcjonalności ani zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a przynajmniej Odwołujący okoliczności takich nie wykazał. Odwołujący kwestionował określenie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.3. SIWZ ze względu na dwie okoliczności: po pierwsze nieuzasadnione zawężenie realizacji opisanych w warunku usług prawnych do zakresu Inwestycji, a po drugie nieuzasadnione, nadmierne określenie liczby zastępstwa procesowego przed KIO.

Odnosząc się do pierwszego z wyżej wskazanych aspektów, Izba stwierdziła, iż odniesienie się przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu do usług doradztwa prawnego w dziedzinie zamówień publicznych z zakresu inwestycji było uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co Zamawiający w sposób należyty wykazał.

Bezsporne było pomiędzy Stronami, że zasadnicza działalność Zamawiającego obejmuje inwestycje infrastrukturalne i że to właśnie przy tego rodzaju inwestycjach wybrany w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca świadczył będzie usługi wsparcia w dziedzinie prawa zamówień publicznych. Wskazuje na to już chociażby sama nazwa zamówienia: „Usługi specjalistycznego doradztwa prawnego w zakresie prawa

zamówień publicznych 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.” Przedmiot zamówienia bezpośrednio odnosi się więc do usług wsparcia zadań inwestycyjnych poprzez doradztwo prawne z dziedziny prawa zamówień publicznych. Również w OPZ stanowiącym Tom III SIWZ podkreślono, że „Zamawiający jest zarządcą narodowej sieci linii kolejowych odpowiedzialnym za jej utrzymanie i rozwój w Polsce. Celem strategicznym Zamawiającego jest utrzymanie sieci dróg kolejowych w stanie zapewniającym możliwość udostępniania tras przewozowych i świadczenie usług z tym z wiązanych, wszystkim przewoźnikom kolejowym na równych zasadach,” jak również wskazano, że przedmiotem zamówienia świadczenie usług specjalistycznego doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej na rzecz zadań realizowanych przez Zamawiającego przede wszystkim w ramach POIiŚ na lata 2014-2020 oraz CEF na lata 2014-2020. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na realizowany obecnie program inwestycyjny zawarty w Krajowym Programie Kolejowym, liczbę objętych nim projektów i ich wartość, a w trakcie rozprawy zwracał także uwagę na przewidywaną wartość środków przeznaczonych na inwestycje infrastrukturalne w ramach kolejnej perspektywy, która zacznie obowiązywać w trakcie realizacji umowy na usługi doradztwa prawnego. Jako dowód Zamawiający złożył m.in. uchwałę nr 17/2019 Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2019 r. zmieniającą uchwałę w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Kolejowego do 2023 r. wraz z załącznikami. Niewątpliwie zatem nawiązanie w treści warunku udziału w postępowaniu do doświadczenia w doradztwie prawnym z dziedziny prawa zamówień publicznych w zakresie Inwestycji odpowiadało przedmiotowi zamówienia i było do niego adekwatne. Zamawiający przedstawił także wyciągi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących wcześniejszych postępowań na usługi doradztwa prawnego, które potwierdzały, iż Zamawiający co do zasady odnosił warunki udziału w postępowaniu do przedmiotu własnej działalności (stosując jednakże trochę inną nomenklaturę - „Infrastruktura”, „Projekt Infrastrukturalny”).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby taki sposób ukształtowania warunków udziału w postępowaniu uniemożliwiał ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji, jak również nie przedstawił kontrargumentacji podważającej fakt, że takie określenie warunków udziału w postępowaniu wynikało z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż nie istnieją prawnie wyodrębnione usługi prawne w takim zakresie pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowej kwestii, podobnie jak chybiona jest argumentacja, że radca prawny czy adwokat nie jest ekspertem w zakresie infrastruktury kolejowej, wobec czego brak jest podstaw do badania doświadczenia

pod tym względem. Powyższe stanowisko Odwołującego wskazuje na to, że w sposób błędny interpretował on treść warunku udziału w postępowaniu. W warunku tym wprost wskazano, że chodzi o doświadczenie obejmujące doradztwo prawne w dziedzinie prawa zamówień publicznych z zakresu Inwestycji. Pojęcie Inwestycji odnosi się zatem do przedmiotu zamówień publicznych, a nie dziedziny prawa. Treść warunku nie wskazuje na to, że Zamawiający wymaga posiadania przez Zespół Ekspertów doświadczenia w obszarze Inwestycji (ich przygotowywania czy realizacji). Chodzi tu o to, aby Zespół Ekspertów posiadał doświadczenie w obsłudze prawnej z obszaru prawa zamówień publicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których przedmiot dotyczył Inwestycji (w rozumieniu pkt 1.3.14 IDW). Izba za wiarygodne uznała twierdzenia Zamawiającego, że celem omawianego warunku udziału w postępowaniu jest to, aby osoby dedykowane do realizacji zamówienia posiadały wiedzę na temat specyfiki zamówień publicznych związanych z Inwestycjami. Nie budzi wątpliwości Izby, iż obsługa prawna w dziedzinie zamówień publicznych mieć może różną specyfikę w zależności od branży, w której działa dany wykonawca czy zamawiający. Nie sposób porównywać specyfiki zamówień publicznych w branży inwestycyjnej (budowlanej, infrastrukturalnej) z zamówieniami z dziedziny IT czy sektora medycznego. Pomimo, iż postępowania o udzielenie zamówienia w tych różnych branżach oparte są o tę samą kluczową ustawę - Prawo zamówień publicznych, to jednak pozostałe regulacje prawne, praktyki rynkowe i sama specyfika produktu końcowego (przedmiotu zamówienia) dla każdej z tych branż są odmienne.

Nie sposób zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu był niekonsekwentny (popadł w sprzeczności). Odwołujący całkowicie pominął okoliczność, iż w dniu 10 lipca 2019 r. Zamawiający dokonał zmian SIWZ, doprecyzowując definicję Inwestycji o informację co należy rozumieć przez realizację Inwestycji budowlanych, pomimo, iż Zamawiający wskazał na powyższe w treści odpowiedzi na odwołanie, a Odwołujący miał możliwość wypowiedzenia się w tym zakresie na rozprawie. W ten sposób Zamawiający wyeliminował ewentualne nieścisłości w treści SIWZ, wprost wskazując, iż w zakres Inwestycji wchodzi także etapy związane z dostawami, konkretnymi usługami i robotami budowlanymi. Co więcej, Zamawiający przedłużył okres czasu, w którym wykonawca mógł nabyć stosowne doświadczenie z trzech do pięciu lat, co także niewątpliwie wpływać mogło na rozszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wyżej wskazane modyfikacje spowodowały, iż w dacie orzekania zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą części postawionych zarzutów i żądań, Odwołujący zaś nie skonfrontował tego faktu z argumentacją przedstawioną w odwołaniu i wnioskami przez niego postawionymi, pomimo, iż Zamawiający zwracał na tę okoliczność uwagę. Na marginesie jedynie należy wskazać, iż błędne jest stanowisko

Zamawiającego, który wobec dokonanych zmian SIWZ w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na konieczność umorzenia postępowania w tym zakresie. Strony nie złożyły oświadczeń o charakterze dyspozytywnym, które skutkować mogłyby umorzeniem postępowania w tej części, tj. ani Odwołujący nie wycofał odwołania, ani Zamawiający nie uwzględnił odwołania w omawianym aspekcie.

W ocenie Izby na uwagę zasługuje również okoliczność, iż przyjęta przez Zamawiającego definicja Inwestycji obejmuje stosunkowo szeroki katalog inwestycji budowlanych określonych zgodnie ze stanowiącą załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) jako: a) obiekty inżynierii lądowej i wodnej za wyjątkiem: mostów na drogach wiejskich i leśnych, mostów dla pieszych, mostków oraz budowli wodnych; 2) rurociągi, linie telekomunikacyjne i elektroenergetyczne za wyjątkiem: studni, fontann, hydrantów, wieży ciśnieni; 3) kompleksowe budowle na terenach przemysłowych za wyjątkiem: zakładów przemysłu ciężkiego, gdzie indziej nie sklasyfikowanych. Poprzez Inwestycje nie rozumie się zatem wyłącznie inwestycje kolejowych, lecz wszelkiego rodzaju inwestycje z zakresu infrastruktury transportu (autostrady, drogi ekspresowe, ulice i drogi pozostałe, drogi szynowe, lotniskowe, etc.), rurociągi linie telekomunikacyjne oraz linie elektroenergetyczne przesyłowe, liczne obiekty inżynierii lądowej i inne. Nie są zatem zasadne twierdzenia Odwołującego, że wyłącznie podmioty świadczące usługi prawne na rzecz Zamawiającego czy GDDKiA są w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu, Odwołujący okoliczności takich nie wykazał.

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił wiarygodną argumentację oraz dowody potwierdzające, że odniesienie doświadczenia w doradztwie prawnym do zamówień publicznych z zakresu Inwestycji jest w pełni uzasadnione specyfiką projektów, które realizuje, a które są projektami stricte infrastrukturalnymi, wysoko wyspecjalizowanymi i wymagającymi wiedzy na temat prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji budowlanych. Odwołujący nie przedstawił kontrargumentacji, która pozwalałaby poddać w wątpliwość prawdziwość twierdzeń Zamawiającego.

Izba stwierdziła także, iż wymóg posiadania doświadczenia w „reprezentowaniu strony w 60 postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą” nie jest wymogiem nieproporcjonalnym czy wygórowanym. Wpływ na taką ocenę mają przede wszystkim następujące okoliczności:

Po pierwsze, jak już wskazano wcześniej, Zamawiający przedłużył z trzech do pięciu lat okres, w którym wykonawcy mogli pozyskać doświadczenie, którym mogą posłużyć się na potrzeby przedmiotowego postępowania, co niewątpliwie ułatwia realizację warunku.

Po drugie, jak wskazuje wprost treść spornego warunku, wykonawca nie musi posiadać doświadczenia w reprezentacji instytucji zamawiających, lecz w reprezentacji jakiegokolwiek strony postępowania przed KIO. Wobec tego chybiona jest argumentacja Odwołującego co do niewielkiej liczby podmiotów na rynku prowadzącej postępowania z zakresu inwestycji (PKP PLK oraz GDDKiA), Odwołujący pomija bowiem fakt, że do wylegitymowania się doświadczeniem w reprezentacji przed Izłą wystarczające jest reprezentowanie nie tylko zamawiającego, ale także wykonawców, nie budzi zaś wątpliwości, że liczba wykonawców w branży budowlanej na rynku jest znaczna. Co istotne, dla oceny spełnienia tego warunku nie ma znaczenia ani wynik postępowania przed Izłą, ani wartość zamówienia, a wyłącznie to by zamówienie było zamówieniem z zakresu Inwestycji.

Po trzecie, warunek odnoszący się do reprezentowania strony w 60 postępowaniach odwoławczych przed Izłą nie dotyczy każdego z członków Zespołu, lecz może być przez nich spełniony łącznie. Doświadczenie osób dedykowanych do Zespołu Ekspertów sumuje się, co w praktyce oznacza, że wystarczające jest aby każda z czterech osób w ciągu 5 lat 15 razy stawiała się na rozprawie przed Izłą (czyli rocznie reprezentowała stronę w 3 sprawach). Okoliczność czy wykonawca posłuży się w tym celu doświadczeniem jednej, dwóch czy wszystkich osób z Zespołu, zależy wyłącznie od decyzji samego wykonawcy. Zamawiający dopuszcza nawet sytuację, kiedy członek Zespołu nie będzie miał w ogóle doświadczenia w reprezentacji przed Izłą, dając wykonawcom stosunkowo dużą elastyczność w kształtowaniu Zespołu Ekspertów, wymagając jedynie, by każda z osób miała doświadczenie przynajmniej w czterech z pięciu określonych w punkcie 8.5.2. IDW aspektów. Słusznie wskazywał Zamawiający, że za ograniczający konkurencję w większym stopniu mógłby być poczytany wymóg, aby każdy z członków Zespołu miał doświadczenie w 20 postępowaniach przed KIO.

Na uwagę zasługuje także okoliczność, iż jak wyjaśnił Zamawiający, w okresie ostatnich trzech lat w związku z prowadzonymi przez niego samymi postępowaniami o udzielenie zamówienia do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło ponad 150 odwołań, wobec czego przewiduje, że w okresie realizacji umowy, której dotyczy przedmiotowe postępowanie, ilość odwołań będzie podobna. Trudno w tym stanie rzeczy uznać, aby określony w opisany sposób warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do liczby reprezentacji strony w postępowaniach odwoławczych przed Izłą był warunkiem nadmiernie wygórowanym czy nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem podzielić stanowiska Odwołującego, iż nie ma znaczenia ile Zamawiający zamierza zlecić odwołań do obsługi, ponieważ zarówno przy małej, jak i dużej ilości wykonawca powinien być równie doświadczony. Skala odwołań, z jaką do czynienia ma Zamawiający, jak również waga prowadzonych przez niego postępowań, niewątpliwie przekłada się także na ryzyko związane

z ewentualnymi niepowodzeniami w postępowaniach odwoławczych, co uzasadnia zapotrzebowanie Zamawiającego na to, aby obsługę prawną z dziedziny prawa zamówień publicznych świadczył wykonawca, który w swojej praktyce zawodowej stawał przed Krajową Izbą Odwoławczą wielokrotnie.

Należy jeszcze dodać, że Odwołujący w zasadzie nie przedstawił w treści odwołania argumentacji mającej potwierdzać zasadność stawianego w tym zakresie zarzutu. Odwołujący poprzestał na przywołaniu fragmentu uzasadnienia wyroku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 127/18, nie wyjaśniając w żaden sposób dlaczego w jego ocenie określenie warunku udziału w postępowaniu w ten sposób powoduje nadmierne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców i eliminację z postępowania także tych wykonawców, którzy dawaliby rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zauważyć trzeba, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to strony, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ustawa Pzp w sposób wyraźny wskazuje przypadki kiedy rozkład ciężaru dowodu jest inni niż wskazuje na to generalna zasada przewidziana w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp (vide: art. 190 ust. 1a ustawy Pzp). Ustawa Pzp nie wprowadza domniemania faktycznego czy prawnego, że ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu (czy także kryteria oceny ofert) z założenia naruszają zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców, a Zamawiający powinien każdorazowo w postępowaniu odwoławczym wykazywać, że tak nie jest. Prawdą jest, że obowiązkiem Zamawiającego jest sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób niedyskryminujący i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Natomiast w postępowaniu odwoławczym to Odwołujący, jako podmiot który kwestionuje zgodność treści SIWZ z przepisami ustawy i z tego faktu wywodzi skutek prawny w postaci konieczności dokonania zmiany postanowień SIWZ, powinien wykazać, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu narusza podstawowe zasady zamówień publicznych. W konsekwencji, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności, to na Odwołującym spoczywa obowiązek wykazania dlaczego tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu czy kryteria oceny ofert naruszają przepisy ustawy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Natomiast rolą Zamawiającego jest w takiej sytuacji wykazać, że ewentualne ograniczenie konkurencji jest uzasadnione faktycznymi, realnymi potrzebami Zamawiającego.

Tymczasem Odwołujący, forsując pogląd, że to Zamawiającego obciążał ciężar dowodu, sam wykazał się nikłą inicjatywą dowodową. W treści odwołania Odwołujący nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że istnieje adekwatny związek przyczynowy pomiędzy takim ukształtowaniem warunków udziału w postępowaniu a nieuzasadnionym ograniczeniem dostępu do zamówienia podmiotów dających gwarancję jego prawidłowego wykonania.

Również podnoszone przez niego na rozprawie twierdzenia, że wyłącznie Przystępujący może spełnić przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu nie zostały przez Odwołującego uprawdopodobnione. Samo złożenie dokumentów dotyczących postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, które w przeszłości wygrał Przystępujący, nie świadczy o tym, że tylko on jest w stanie spełnić warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający przedstawił zaś dowody wskazujące na okoliczności przeciwne do podnoszonych przez Odwołującego – prezentując, że w innych przez niego prowadzonych postępowaniach wybierane były oferty różnych podmiotów.

Niezrozumiała jest także argumentacja Odwołującego prezentowana na rozprawie, że z uwagi na stawki oferowane przez Przystępującego, to jemu Zamawiający zleca obsługę prawną przed KIO i sądami okręgowymi. Zamawiający wyjaśnił, że współpraca z Odwołującym wynika z realizacji umowy na kompleksowe doradztwo prawne na potrzeby 5 regionów, w ramach której zamawiający wybrał 5 kancelarii, i która swym zakresem obejmuje także prawo cywilne, budowlane czy unijne, a zastępstwo przed KIO czy sądem jest jedynie incydentalne. Natomiast zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego praktyką podstawą do reprezentacji Zamawiającego przed KIO i sądami okręgowymi są umowy na specjalistyczne doradztwo prawne w dziedzinie prawa zamówień publicznych (taka właśnie umowa ma zostać zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania). Wobec tego twierdzenia Odwołującego, że to z uwagi na wysokość stawek nie jemu zlecane są usługi zastępstwa procesowego przed Izłą, nie znajduje oparcia w okolicznościach stanu faktycznego. W konsekwencji także dowody składane przez Odwołującego na potwierdzenie własnej współpracy z Zamawiającym i realizowania powierzonych zleceń w sposób należyty nie mogą być uznane za dostateczne, aby wyłącznie na ich podstawie przesądzić, że posiada on doświadczenie wystarczające do realizacji takiego właśnie specjalistycznego doradztwa z dziedziny prawa zamówień publicznych i wykazać w ten sposób nadmierne wymagania Zamawiającego co do doświadczenia wykonawców. Natomiast dowody odnoszące się do sposobu sformułowania warunków udziału w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na modernizację systemów torowych na linii kolejowej E59 są w ocenie Izby irrelevantne dla przedmiotowej sprawy, Izba ocenia bowiem proporcjonalność i adekwatność ustalonych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu tego właśnie postępowania, a nie praktyk rynkowych innych podmiotów czy zamówień o całkowicie odrębnym przedmiocie.

Wreszcie wskazać należy, iż Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie wyjaśnił także dlaczego wskazywana przez niego we wnioskach odwołania liczba reprezentacji w postępowaniach przed KIO określona na poziomie 20 byłaby doświadczeniem wystarczającym dla potrzeb zamawiającego i nie odniósł stawianego żądania do dokonanej

przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ polegającej na wydłużeniu z trzech do pięciu lat okresu, w jakim wykonawcy mogli nabyć doświadczenie, którym mieli prawo posłużyć się na potrzeby przedmiotowego postępowania. Tymczasem to rolą Odwołującego było zaproponowanie takiej zmiany treści SIWZ, która powodowałoby wyeliminowanie ewentualnych naruszeń ustawy Pzp objętych odwołaniem, a nie realizację subiektywnych potrzeb Odwołującego.

Mając powyższe na względzie zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazały się bezzasadne.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, ust. 2 i ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszający zasadę równego traktowania wykonawców opis kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium D1-D4, tj. bez określenia górnego limitu doświadczenia.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Zauważyć należy, że przepisy Działu III Rozdziału 6 ustawy Pzp nie odsyłają bezpośrednio ani poprzez zastosowanie odpowiednie do art. 91 ustawy Pzp. Niemniej abstrahując od wskazanej w odwołaniu podstawy prawnej naruszeń, niewątpliwie również w przypadku zamówień na usługi społeczne Zamawiający ma obowiązek określić kryteria oceny ofert tak, aby postępowanie było prowadzone z uwzględnieniem zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności. W konsekwencji tak postawione zarzuty podlegały ocenie przez Izbę na gruncie przedstawionych w treści odwołania podstaw faktycznych tych zarzutów.

Izba podziela ustalony w orzecznictwie pogląd, iż kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia. Ustalone

przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że wybrany w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert wykonawca, oferuje dla zamawiającego lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od innych wykonawców (por. m.in. wyrok KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 365/18). To zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić mu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1482/17). Kryteria oceny ofert determinowane są przedmiotem zamówienia, jego charakterem i potrzebami zamawiającego w danym postępowaniu, przy czym mieć należy na względzie, że co do zasady każde postępowanie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego zamawiającego.

W związku z powyższym, w ślad za wyrokiem Izby z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt KIO 2158/17, wskazać należy, że ocena czy wymogi Zamawiającego są uzasadnione, zależy od okoliczności faktycznych danego przypadku. Nie da się ustalić ogólnego katalogu czy sztywnego standardu według którego dany wymóg będzie postrzegany za nadmierny, a kiedy za takowy uznany nie będzie, więc każdą ocenę możliwego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji ukształtowanej treścią dokumentacji danego postępowania. Wykonawca powołujący się na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie ukształtowania kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, winien wykazać adekwatny związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy przyjętą treścią kryterium oceny ofert, a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu, czy chociażby realnym, nieuzasadnionym obiektywnymi i uzasadnionymi czynnikami, zmniejszeniu szansy wykonawcy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jak podkreśliła Izba w ww. orzeczeniu zawsze określenie kryteriów oceny ofert będzie jakiś podmiot preferować - kryterium cenowe - wykonawcę najtańszego, kryterium terminu wykonania - wykonawcę najszybszego, kryterium jakościowe - wykonawcę oferującego najlepszy pod względem założonych parametrów produkt. Okoliczności te wynikają z naturalnej konkurencji rynkowej.

Przenosząc powyższe rozważenia na grunt rozpoznawanej sprawy zauważyć trzeba, że stawiane zarzuty Odwołujący opierał na okoliczności, iż maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ustalonych kryteriach oceny ofert D1-D4 była uzależniona od wykazania się przez wykonawcę największą ilością wykonanych czynności, które zostały opisane w każdym z tych kryteriów. W ocenie Odwołującego w ten sposób Zamawiający premiował nie największe doświadczenie, lecz właśnie największą ilość wykonanych czynności. Odwołujący nie kwestionował zatem rodzaju czy zakresu doświadczenia, jakie miało być przedmiotem

oceny, lecz brak określenia górnego limitu doświadczenia, za które uzyskać można maksymalną liczbę punktów w każdym z ww. kryteriów. Jakkolwiek Izba zaważa potencjalne zagrożenia, jakie może nieść za sobą brak określenia maksymalnego limitu doświadczenia służącego ocenie ofert, to jednak Odwołujący nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku takie właśnie ukształtowanie sposobu oceny ofert w kryteriach D1-D4 prowadzić mogło do zmniejszenia szans wykonawców, którzy w równie należyty sposób są w stanie wykonać to zamówienie. Argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu sprowadzała się do prostej konstatacji, że identyczne doświadczenie będą posiadały osoby, które opracowały 1500 czy 1000 opinii prawnych lub SIWZ, ponieważ po osiągnięciu określonego maksymalnego limitu kryterium „doświadczenie” przestaje mieć znaczenie dla realizacji zamówienia i prowadzi do wyboru wykonawcy największego na rynku.

W ocenie Izby twierdzenie, że przy tak ustalonym kryterium wybrany zostanie wykonawca największy na rynku jest błędne. Odwołujący całkowicie pomija okoliczność, iż zgodnie z Uwagą I do kryteriów D1-D4 Zamawiający wymagał, aby doświadczenie przedstawione przez wykonawców do oceny kryteriów było doświadczeniem osób z Zespołu Ekspertów określonych w punkcie 8.5.3 ponad wymagane w punkcie 8.5.2. SIWZ w okresie ostatnich 3 lat, z zakresu prawa zamówień publicznych, z zakresu Inwestycji. W celu uzyskania punktów w omawianych kryteriach wykonawcy mogą posłużyć się wyłącznie doświadczeniem czterech osób wskazanych, jako wchodzących w skład Zespołu Ekspertów, którzy realizować będą zamówienie, a nie jakichkolwiek osób, którymi wykonawca dysponuje. Idąc dalej - doświadczenie to ma być doświadczeniem ponad wskazywane na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 8.2.3. w zw. z pkt 8.5.2. SIWZ, jak również dotyczyć ma okresu ostatnich trzech lat. Ponadto w przypadku kryteriów D1 i D4 doświadczenie zostało dodatkowo ograniczone tylko do tych spraw przed KIO i procedur dotyczących zastrzeżeń instytucji kontrolnych, które były przynajmniej częściowo korzystne dla reprezentowanej strony. Możliwość legitymowania się określonym doświadczeniem nie ma więc charakteru nieograniczonego i nie może tu być mowy o sztucznym multiplikowaniu doświadczenia na potrzeby kryteriów oceny ofert. W ocenie Izby takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert - wbrew stanowisku Odwołującego - nie świadczy także o tym, że wybrany zostanie wykonawca największy na rynku, lecz wykonawca dysponujący personelem posiadającym większe doświadczenie. Sama wielkość przedsiębiorstwa i liczebność personelu wykonawcy nie ma tu bezpośredniego przełożenia, istotne jest doświadczenie czteroosobowego Zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia.

Jako niemiarodajna jawi się także argumentacja Odwołującego odnosząca się do różnic punktowych przy wylegitymowaniu się liczbą 1000 a 1500 opracowanych opinii, która co prawda stanowiła dość jaskrawy przykład, niemniej nie odnoszący się do realiów tego

postępowania. Przykład ten miał charakter czysto abstrakcyjny, poza nim Odwołujący nie przedstawił ani na etapie składania odwołania, ani w toku rozprawy, argumentów czy miarodajnych danych dowodzących, że takie ukształtowanie spornego kryterium uniemożliwia mu czy istotnie utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty w tym konkretnym postępowaniu, zmniejszając jego szanse w porównaniu z innymi wykonawcami, którzy w tym właśnie postępowaniu mogą złożyć oferty. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek danych obrazujących skalę posiadanego przez niego doświadczenia w stosunku do innych podmiotów konkurujących na rynku i istniejących w tym zakresie różnic, jak również nie podjął nawet próby wykazania, że powyżej pewnego limitu doświadczenia w odniesieniu do sformułowanych kryteriów oceny oferty nie dochodzi już do zwiększenia praktycznych umiejętności członków Zespołu Ekspertów. Tym samym stanowisko Odwołującego sprowadzało się do gołosłownych twierdzeń pozostających w sferze deklaracji bez realnego ich powiązania ze stanem faktycznym sprawy.

Sama okoliczność, że Odwołujący może nie dysponować Zespołem posiadającym takie doświadczenie, które pozwoliłoby mu uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryteriach D1-D4, nie uniemożliwia mu złożenia ważnej oferty i ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnych szczegółowych danych, jak jego sytuacja przedstawia się na tle innych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Podkreślić trzeba, że Odwołujący wskazując na dyskryminację pośrednią w pozacenowym kryterium oceny ofert, zobowiązany był wykazać, że obecny kształt kryterium powoduje, że faktycznie ogranicza ono konkurencję, a przynajmniej stanowi o utracie bądź znacznym i nieuprawnionym zmniejszeniu szansy na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na Zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność z za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego jak i rozkładowi ciężaru dowodu wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej Izba stwierdziła, iż Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie przedstawił uzasadnienia dlaczego doświadczenie podlegające ocenie miałyby zostać ograniczone do limitów przez niego proponowanych i dlaczego taka właśnie zmiana pozwoliłaby na wyeliminowanie wskazywanego w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że w przypadku odwołań na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Żądania wprowadzenia zmian w postanowieniach SIWZ powinny zostać w odwołaniu w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowane, a ponadto powinny być właściwie skorelowane z podnoszonymi

zarzutami i znajdować oparcie w przedstawianym uzasadnieniu faktycznym zarzutów. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SIWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do ukształtowania postanowień SIWZ w sposób, który Odwołujący oceniał jako bardziej korzystny z jego perspektywy. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji uzasadniającej wprowadzenie takich właśnie limitów w zakresie doświadczenia Zespołu Ekspertów stanowiącego podstawę oceny w kryteriach oceny ofert, ograniczając się do stwierdzenia na rozprawie, że takie limity są adekwatne ponieważ wylegitymowanie się większą ilością wykonanych czynności w praktyce nie będzie miało znaczenia. Słusznie także zwracał uwagę Zamawiający, że Odwołujący z jednej strony wskazywał, że kryteria oceny ofert nie powinny odnosić się do liczby wykonanych czynności, a z drugiej strony sam zaproponował limity odnoszące się właśnie do liczby wykonanych czynności, co wskazuje na pewnego rodzaju niekonsekwencję.

Ponadto Odwołujący w postawionych żądaniach postulował usunięcie z treści Uwagi I do kryteriów D1-D4 odniesienia do Inwestycji, podczas gdy uzasadnienie faktyczne odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1, ust. 2 i ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w ogóle do tej kwestii się nie odnosi. Co prawda Odwołujący kwestionował odwoływanie się przez Zamawiającego do pojęcia Inwestycji przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, niemniej brak jest podstaw aby argumentację przywołaną w tym zakresie w odwołaniu odnosić bezpośrednio także do kwestii kryteriów oceny ofert, jako że są to dwie rodzajowo inne instytucje, spełniające całkowicie odmienne role w procesie wyłaniania oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu mają co do zasady umożliwić ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, eliminując tych wykonawców, którzy nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Natomiast kryteria oceny ofert służą stricte procesowi wyboru tego wykonawcy, który spośród podmiotów zdolnych do należytego wykonania zamówienia, daje największą rękojmię jego prawidłowego wykonania. Z natury więc kryteria oceny ofert nie będą spełnione w równy sposób przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, w przeciwnym bowiem razie nie spełniałyby swojej roli.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzuty odwołania odnoszące się do ustalenia kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców za niepotwierdzone. Izba nie mogła przyjąć, że Odwołujący wykazał, czy chociażby uprawdopodobnił, że zachodzi adekwatny związek przyczynowy pomiędzy określeniem przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert dotyczących doświadczenia Zespołu Ekspertów, uzależnionych od liczby dokonanych czynności oraz odnoszeniem tego doświadczenia do zakresu Inwestycji,

a brakiem możliwości uzyskania zamówienia, czy choćby zmniejszenia szansy na jego uzyskanie przez Odwołującego.

W świetle powyższego Izba uznała za bezzasadny także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podstawa faktyczna tego zarzutu została oparta przez Odwołującego na tych samych okolicznościach co zarzuty dotyczące sformułowania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, które nie zostały przez Izbę uwzględnione. Mając na uwadze, że co do zasady art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być dopełniony treścią innego – szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 września 2017 r., sygn. akt KIO 1790/17), Izba stwierdziła, że Odwołujący prawidłowo łączył naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z naruszeniami innych przepisów ustawy Pzp, niemniej wobec braku potwierdzenia się tych innych naruszeń, również zarzut odnoszący się do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się chybiony.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: