

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**
Grzegorz Matejczuk
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego – W. i Wspólnicy spółkę komandytową w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, przy udziale wykonawców:

- 1) Kancelaria Doradcza Zamówienia Publiczne I. H.,
- 2) Kancelaria Radców Prawnych C. i Partnerzy spółki partnerskiej w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – W. i Wspólnicy spółkę komandytową w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego – W. i Wspólnicy spółkę komandytową w Warszawie, 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju prowadzi postępowanie na „*usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynosi 728 490,00 PLN netto [485 660,00 złotych netto - zamówienie podstawowe oraz 242 830,00 złotych netto - przewidywane zamówienia uzupełniające].

II. Odwołujący w dniu 8 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 39 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zastosowanie trybu postępowania nie przewidzianego w ustawie;
- 3) art. 84 ust. 2 ustawy poprzez przewidzenie w SIWZ, że oferty złożone po terminie składania ofert nie będą podlegać zwrotowi;
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez przewidzenie w SIWZ dokonywania niedozwolonych zmian w treści oferty;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez przewidzenie w SIWZ, że oferty wykonawców, którzy po terminie składania ofert i po otwarciu ofert nie przystąpią do egzaminu nie będą podlegały ocenie, mimo że będą odpowiadały SIWZ;
- 6) art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu oceny oferty w kryterium „Jakość opinii prawnej”;
- 7) art. 91 ust. 2 ustawy, poprzez nieprawidłowe i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia zastosowanie kryterium „Jakość opinii prawnej”;
- 8) art. 25 ust. 1 ustawy, w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.
- 9) w konsekwencji także:
 - a) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez sformułowanie SWIZ w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- b) art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez sformułowanie SIWZ w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy;

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

1. w rozdziale 7 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” z pkt 7.15 wykreślenie ostatniego zdania o treści „Wyłącznie dwie ww. osoby zostaną przez Zamawiającego dopuszczone do sporządzenia opinii prawnych, o których mowa w pkt 12.5 SIWZ”,
2. w rozdziale 12 SIWZ „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” z pkt 12.1 wykreślenie kryterium „Jakość opinii prawnej” i zastąpienie go kryterium jakościowym określonym zgodnie z ustawą. Wobec tego, że Zamawiający zawarł już w kryteriach oceny ofert kryterium jakościowe odnoszące się do będących w dyspozycji Wykonawcy ekspertów [kryterium 3 - „Potencjał kadrowy”], kryterium jakościowe mające obecnie nazwę „Jakość opinii prawnej” powinno odnosić się, zgodnie z wytycznymi UZP, do firmy wykonawcy, jego doświadczenia, referencji, struktury organizacyjnej, posiadanych certyfikatów i nagród, itp.;
3. w związku ze zmianą wnioskowaną w pkt 2. powyżej, zmianę pkt V.2.1] ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie pierwszego kryterium udzielenia zamówienia „Jakość opinii prawnej” kryterium jakościowym określonym zgodnie z ustawą w sposób podany w pkt 2. powyżej;
4. w rozdziale 12 SIWZ „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” z pkt 12.1 wykreślenie ostatniego zdania o treści „Oferta będzie oceniana na podstawie kryterium „Cena” i „Potencjał kadrowy”, jeżeli każda z opinii, o których mowa w pkt 12.5, uzyska w ramach kryterium „Jakość opinii prawnej” co najmniej 10 punktów;
5. w rozdziale 12 SIWZ „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” wykreślenie pkt 12.5 w całości i zastąpienie go opisem przyznawania punktów za kryterium jakościowe odnoszące się zgodnie z wytycznymi UZP do firmy wykonawcy, jego doświadczenia, referencji, struktury organizacyjnej, posiadanych certyfikatów i nagród, itp., mając na względzie że kryterium jakościowe odnoszące się do ekspertów wykonawcy już występuje. W szczególności opis przyznawania punktów za kryterium

jakościowe powinien dotyczyć informacji i dokumentów składanych wraz z ofertą;

6. przeprowadzenie postępowania w wybranym trybie zgodnym z art. 39 ustawy, to jest bez przewidzianego obecnie w pkt 12.5 w rozdziale 12 SIWZ „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” etapu egzaminu oraz bez składania dokumentów ofertowych po otwarciu ofert;
7. w rozdziale 16 SIWZ „Postanowienia umowy” z pkt 16.3 wykreślenie w pierwszym zdaniu fragmentu w nawiasie o treści „[osoby, które pisały opinie prawne, o których mowa w pkt 12.5 SIWZ]”;
8. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, w związku ze zmianami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wskazanymi powyżej,

względnie o:

9. unieważnienie postępowania, z uwagi na niemożliwość zawarcia w wyniku postępowania umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że

Zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia [SPOZ] wykonawca w ramach zamówienia zobowiązany jest do świadczenia usług:

1. doradztwa prawnego w zakresie przepisów dotyczących zamówień publicznych,
2. reprezentowania Zamawiającego przed sądami administracyjnymi, w tym sporządzania odpowiedzi na skargę i skarg kasacyjnych.

Odwołujący podał, że Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: 50% „Jakość opinii prawnej”, 30% Cena, 20% Potencjał kadrowy. Kryterium „Jakość opinii prawnej” ma być mierzone na podstawie dwóch opinii sporządzonych przez dwóch ekspertów od każdego wykonawcy, z czego jeden specjalista w audytach postępowań o zamówienie publiczne oraz jeden radca prawny/adwokat z doświadczeniem w min. 5 postępowaniach przed KIO. Wedle założeń Zamawiającego, opinie zostaną sporządzone po terminie składania ofert i po otwarciu ofert. Eksperci wykonawców mieliby sporządzić opinie prawne dotyczące zastosowania taryfikatora korekt finansowych za naruszenia ustawy.

Zgodnie z postanowieniem 12.5 SIWZ, Zamawiający miałby oceniać następujące elementy: poprawność przywołanych przepisów prawa, poprawność przywołanego w opinii orzecznictwa, wytycznych/komunikatów Komisji Europejskiej, wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego oraz opinii Prezesa UZP oraz poprawność i jednoznaczność oceny stanu faktycznego oraz prawidłowość zastosowania Taryfikatora, to jest dokumentu „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” wraz z załącznikiem dostępny na stronie: <http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/Dokumenty/Strony/Dokumenty.aspx?zakladka=2&strona=1>. W ramach opisu sposobu oceny ofert Zamawiający odwołał się do następujących podkryteriów: kompletność, niezbędność, trafność, dokładność, kompleksowość.

[1] W zakresie zarzutu naruszenia art. 39 ustawy, poprzez zastosowanie trybu postępowania nie przewidzianego w ustawie oraz art. 7 ust. 3 poprzez wykluczenie możliwości wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, Odwołujący podniósł:

Zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu, jest ono prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Wedle art. 39 ustawy, przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Po złożeniu ofert następuje ich otwarcie i wybór wykonawcy zgodnie z ustalonymi kryteriami. Jest to postępowanie jednostopniowe. Zamawiający w SIWZ określa kryteria oceny ofert, a po złożeniu i otwarciu ofert następuje ich ocena z uwzględnieniem określonych wcześniej kryteriów.

Zgodnie z pkt 7.15 SIWZ oferta musi zawierać: a) Formularz Ofertowy sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ; b) pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy [wykonawców występujących wspólnie], o ile ofertę składa pełnomocnik oraz c) dokumenty o których mowa w Rozdziale 5 SIWZ [dokumenty i oświadczenia, które powinny zostać złożone przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 4 oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia]. Ofertę złożoną z uwzględnieniem powyższych zapisów SIWZ należy więc uznać za kompletną. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, dopiero po złożeniu ofert i otwarciu ofert wskazani przez wykonawcę eksperci przystępują do sporządzenia opinii prawnych, które będą częścią oferty i będą podlegać ocenie w ramach kryterium „Jakość opinii prawnej”, któremu przypisano największą wagę, bo aż

50%. Zgodnie z ostatnim zdaniem pkt 12.1 SIWZ, oferty wykonawców którzy nie przystąpią do egzaminu i nie uzyskają w nim co najmniej 10 pkt za każdą z dwóch opinii prawnych sporządzonych podczas egzaminu, nie będą w ogóle podlegać ocenie.

Zamawiający przewidział zatem dodatkowy, nieznanym ustawy etap przetargu nieograniczonego. W wyniku tego etapu zostaną wytworzone dokumenty będące elementem oferty i warunkujące nie tylko uzyskanie 50% punktacji na etapie oceny ofert, ale również warunkujące możliwość podlegania przez ofertę ocenie. Chociaż Zamawiający tego nie precyzuje, zapewne zamierza traktować oferty wykonawców, którzy nie przystąpią do egzaminu jako oferty niezgodne z SIWZ [co jest niespójne z postanowieniami SIWZ], czyli będzie je traktować jako podlegające odrzuceniu. Przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest rozumiana jako sytuacja, w której oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Nieprzystąpienie do etapu egzaminu nie może być traktowane jako niezaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego zakresem. Należy zgodzić się ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku KIO/UZP 173/09 z dnia 27 lutego 2009 r., za wyrokiem KIO/UZP 151/08 z dnia 16 marca 2008 r, że *"Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. sformułowania »treść oferty« i »treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia« jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ."*

Zdaniem Odwołującego, zamawiającym nie została pozostawiona swoboda co do zastosowania rozwiązań przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych i dowolnego ich łączenia. Zamawiający ma swobodę co do wyboru trybu - w granicach mieszczących się w ramach przesłanek zastosowania danego trybu przewidzianych

w ustawie. Jeżeli jednak biorąc pod uwagę cechy przedmiotu zamówienia oraz inne okoliczności mające wpływ na dane zamówienie wybierze on jeden z trybów postępowania, powinien stosować w całości regulację doń się odnoszącą, bowiem tryby te stanowią kompleksowe uregulowanie sposobu postępowania składające się ze skorelowanych ze sobą reguł, gdzie naruszenie jednej z nich powoduje zachwianie założeń danego trybu.

[2] w zakresie zarzutu naruszenia art. 84 ust. 2 ustawy, poprzez przewidzenie w SIWZ, że oferty złożone po terminie składania ofert nie będą podlegać zwrotowi, Odwołujący podniósł:

Termin składania ofert upływa 28 sierpnia 2014 o godz. 9:00, termin otwarcia ofert to 28 sierpnia 2014 godz. 10:00, zaś o 10:30 tego samego dnia rozpocznie się egzamin, w wyniku którego nastąpi wytworzenie opinii prawnych, których punktacja będzie miała aż 50% wagę przy ocenie ofert. Wedle założeń Zamawiającego napisane podczas egzaminu opinie prawne będą stanowiły części składowe ofert. Skoro opinie prawne są ostatnimi elementami oferty, jakie ma złożyć Wykonawca, za moment złożenia oferty należy uznać moment przekazania Zamawiającemu opinii prawnych.

Aktualny sposób uregulowania przez Zamawiającego procesu składania ofert powoduje, że oferty wszystkich wykonawców, którzy po otwarciu ofert przystąpią do egzaminu zgodnie z życzeniem Zamawiającego, zostaną złożone po terminie, czyli powinny podlegać zwrotowi. Oczekiwanie, że po otwarciu ofert wykonawcy napiszą egzamin i wytworzone w jego trakcie dokumenty staną się podstawą oceny ofert oznacza nic innego, jak założenie, że część oferty [i to część zasadnicza, biorąc pod uwagę wagę kryteriów oceny ofert] zostanie złożona po terminie składania ofert i po otwarciu ofert [por. pkt 8.1, 8.4 oraz 12.5 SIWZ]. Jednocześnie zgodnie z pkt 12.1 zd. ostatnie SIWZ *„Oferta będzie oceniana na podstawie kryterium „Cena” i „Potencjał kadrowy”, jeżeli każda z opinii, o których mowa w pkt. 12.5, uzyska w ramach kryterium „Jakość opinii prawnej”, co najmniej 10 punktów”.*

[3] w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez przewidzenie w SIWZ dokonywania niedozwolonych zmian w treści oferty, Odwołujący podniósł:

Po otwarciu ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, za wyjątkiem poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych oraz wzywania o podlegające uzupełnieniu dokumenty bądź oświadczenia.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, modyfikacja treści oferty może dotyczyć tylko tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał [tak Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/2010]. W innych przypadkach, zmiana oferty jest możliwa tylko przed upływem terminu składania ofert. Po tym terminie jest to niedopuszczalne. Przewidzenie w SIWZ możliwości dokonania zmiany oferty, poprzez sporządzenie i dodanie do niej kolejnych dokumentów [dwóch opinii] półtorej godziny po terminie składania ofert, jest rozwiązaniem niezgodnym z art. 87 ust. 1 ustawy.

[4] w zakresie zarzutu naruszenia art 36 ust. 1 pkt 13 ustawy poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu oceny oferty w kryterium „Jakość opinii prawnej”, a także art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i sformułowanie SIWZ w sposób uniemożliwiający wybór wykonawcy zgodnie z ustawy, Odwołujący podniósł:

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać między innymi opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Stosownie do art. 91 ust. 2 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne itd. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: 50% Jakość opinii prawnej, 30% Cena, 20% Potencjał kadrowy.

W ocenie Odwołującego, o ile dwa ostatnie kryteria nie pozostawiają wątpliwości, gdyż zostały opisane w sposób jednoznaczny, Zamawiający zastosował nieprecyzyjny opis kryterium „Jakość opinii prawnej”, który nie pozwala w pełni zidentyfikować, czym Zamawiający będzie się kierował przy ocenie kryterium stanowiącego aż 50% wagi oceny ofert. Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób będzie różnicował punktację poszczególnych opinii, wskazując jedynie, że za poprawne przywołanie przepisów prawa może przyznać do 7 pkt, za poprawne przywołanie orzecznictwa do 7 pkt, a za poprawność i jednoznaczność oceny stanu faktycznego i prawidłowość zastosowania taryfikatora do 11 pkt. Suma punktów

za jakość opinii prawnej może wynosić do 50 pkt [w ramach każdej z dwóch opinii można uzyskać maksymalnie 7 + 7 + 11 = 25 pkt].

Opis sposobu przyznawania punktacji nie daje wykonawcom możliwości samodzielnego obliczenia prawidłowości przyznania punktów. Wykonawca powinien mieć możliwość zweryfikować, ile punktów powinna uzyskać jego oferta, a także czy wynik badania i oceny ofert jest prawidłowy i zgodny z zasadami opisanymi w SIWZ. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 marca 2004 r. V Ca 264/2004 LexPolonica nr 3955946 *„kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiającą późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty”*. Tymczasem zamawiający opisał pod kryteria kryterium „Jakość opinii prawnej” niedookreślonymi rzeczownikami takimi jak „poprawność”, „niezbędność”, „trafność”, „kompleksowość”. W uchwale z dnia 21 grudnia 2011 r. KIO/KD 96/11 [LexPolonica nr 3077270] Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.”*. Tylko pozbawione subiektywizmu i uznaniowości kryteria oceny ofert mogą doprowadzić do wyboru wykonawcy z zachowaniem uczciwej konkurencji. Celem takiego założenia jest także to, aby wykonawca był zdolny do przygotowania oferty w sposób jak najbardziej odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym między innymi poprzez właśnie kryteria oceny ofert, dlatego ważne jest aby nie pozostawiały one dowolności osobie oceniającej. Tymczasem wykonawca przystępujący do sporządzenia opinii w przedmiotowym postępowaniu nie będzie zdolny do oceny, w jaki sposób przedstawiciel Zamawiającego oceniający ofertę zastosuje wskazane w SIWZ podkryteria. Sposób dokonywania oceny na podstawie kryterium „Jakość opinii prawnej”, został bowiem określony w taki sposób, że nawet wśród 9 różnych przedstawicieli Zamawiającego z pewnością powstałyby rozbieżności w przyznanej punktacji. Nawet gdyby różnice te nie były znaczące w związku z tym, że w zmianie SIWZ z 6 sierpnia 2014 r. Zamawiający określił pożądaną zawartość opinii, to w sytuacji gdy suma punktów przyznanych za opinię stanowi aż 50 % ogólnej oceny oferty, subiektywizm oceniającego mógłby w znaczący sposób wpłynąć na wynik postępowania.

Powyższa uwaga nabiera jeszcze większego znaczenia ze względu na to, że

Zamawiający nie określił, jakie kwalifikacje będą charakteryzowały osoby dokonujące oceny opinii przygotowanych przez ekspertów wykonawcy. Podane przez Zamawiającego niedookreślone kryteria, ponieważ dopuszczają dużą dozę subiektywizmu, mogą być odmiennie interpretowane przez osoby z różnym doświadczeniem i kwalifikacjami.

W kwestii ustalania w terminie późniejszym niż na etapie SIWZ wagi i podkryteriów w zakresie kryteriów udzielania zamówienia wypowiedział się również Europejski Trybunał Sprawiedliwości [obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej]. W wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r. Trybunał uznał, że *„art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 [art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE - przyp. Odwołującego] w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.”* Trybunał stwierdził, że *„potencjalnym oferentom należy bowiem umożliwić uzyskanie w chwili przygotowania swoich ofert wiedzy o istnieniu i zakresie tych czynników [...] zatem instytucja zamawiająca nie może stosować reguł dotyczących ważenia lub podziału na podkryteria kryteriów udzielania zamówienia, o których nie powiadomiła uprzednio oferentów”*. Konieczność maksymalnego dookreślenia kryteriów oceny ofert potwierdziła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 3006/13 z dnia 20 stycznia 2014 r. wskazując, że *„twierdzenia odwołującego, co do arbitralności oceny w podkryteriach należało uznać za zasadne. Jakkolwiek zamawiający dokładnie opisał poszczególne podkryteria - to i tak pozostawiały one pełny zakres dowolności oceny, z braku oznaczenia precyzyjnych mierników koniecznej dywersyfikacji ocen, za które nie można było uznać nieostrego pojęcia „popętnienia przez wykonawcę błędu.”* Trudno byłoby też zakładać, iż poszczególni członkowie komisji przetargowej - dobranej w celu przeprowadzenia oceny całkowitej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej - mieliby wysoce specjalistyczne umiejętności – dotyczące prawa autorskiego, pozwalające na porównywalną ocenę ofert w omawianym kryterium. Poza cenowe kryteria oceny ofert, powinny zostać tak dobrane, aby w jak największym stopniu miały charakter mierzalny - eliminujący tym samym, oceny subiektywne i arbitralne. Na etapie postępowania, gdy dany wykonawca jest już dopuszczony do udziału w postępowaniu, oceniany może być już tylko przedmiot zamówienia. Oczywiście przedmiot zamówienia może być oceniany pod względem jakości, zaś w przypadku usług niepriorytetowych ocena jakości zamówienia może być powiązana z osobistymi właściwościami wykonawcy. Jednak w przypadku zamówień na usługi kryterium jakościowe,

aby było mierzalne, powinno być odniesione bądź to do personelu wykonawcy [jego doświadczenia i posiadanych certyfikatów], bądź to takich cech samego wykonawcy, jak jego doświadczenie, dostępność kluczowego personelu, liczebność, zastępowalność, organizacja zespołu, organizacja kontroli jakości. Dokonanie oceny spodziewanej jakości otrzymanego świadczenia z zastosowaniem takich kryteriów może zostać zweryfikowane pod względem poprawności i bezstronności. Nie można tego natomiast powiedzieć o ocenie dokonanej na podstawie twórczych prac pisemnych, w szczególności o charakterze opinii. Pozostawia to bowiem dużą swobodę Zamawiającemu i umożliwia dokonywanie arbitralnej oceny. W doktrynie wskazuje się również, że kryterium jakości zamówienia ocenianej na podstawie próbek może być stosowane wyłącznie w przypadku dostaw o ustalonej jakości. W efekcie treść SIWZ daje Zamawiającemu narzędzie do tego, aby wybrał opinie, co do których subiektywnie uważa, że są najlepsze spośród napisanych na egzaminie. Jednocześnie jednak SIWZ nie gwarantuje, że preferowane przez Zamawiającego opinie faktycznie będą przedstawiały wysoką wartość merytoryczną i w efekcie posłużą do wyłonienia wykonawcy najlepiej nadającego się do wykonania zamówienia. Kryteria oceny ofert muszą każdorazowo uwzględniać możliwość porównania wyniku oceny każdej z ofert z osobna w taki sposób, aby na ich podstawie można było stwierdzić, która z ofert jest korzystniejsza dla zamawiającego. Przy czym porównanie to musi być możliwe do dokonania nie na poziomie przyznanych punktów, ale poprzez rekonstrukcję toku myślowego, jaki doprowadził oceniającego do konkretnego wyniku. Samo określenie elementów jakie powinna zawierać opinia, co zostało dokonane zmianą SIWZ z dnia 6 sierpnia 2014 r. nie powoduje, że podkryteria takie jak „Jednoznaczność”, „poprawność”, czy „kompleksowość”, stają się na tyle precyzyjne, aby zrealizować założenie o przewidywalności i weryfikowalności ilości punktów jakie zostaną przyznane wykonawcy. Przy czym Odwołujący podkreśla, że brak precyzji w określeniu kryteriów oceny ofert jest świadczy o wadzie SIWZ nawet przy istnieniu dobrej woli osób oceniających oferty. Obecne brzmienie SIWZ umożliwia celowe działanie na korzyść jednego z wykonawców, a zatem jest niezgodne z ustawy nawet w przypadku dołożenia należytej staranności przez osoby oceniające oferty. Subiektywizm jest bowiem wpisany w proces każdej ewaluacji, a kryteria, do których ustanowienia w odpowiedni sposób obliguje zamawiających ustawy, mają na celu ograniczenie ocen subiektywnych w największym możliwym stopniu.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i w związku z tym ciąży na nim obowiązek takiego ukształtowania jego warunków, aby doprowadzić do wyłonienia oferty w najpełniejszy sposób odpowiadającej jego oczekiwaniom. Jednocześnie musi się to

odbywać zgodnie z naczelnymi zasadami prawa zamówień publicznych jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Powyższe założenie nie jest spełnione w przedmiotowym postępowaniu.

[6] w zakresie naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy poprzez nieprawidłowe, nieadekwatne zastosowanie kryterium „Jakość opinii prawnej”, a także art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Odwołujący podniósł:

W orzecznictwie i piśmiennictwie [por. „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - przykłady i zastosowanie” pod redakcją Jacka Sadowego, ISBN 987-83-88686-21-4, czy też wydane przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości „Pozacenowe Kryteria Oceny Ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”, ISBN 987-83-7633-019-8] wskazuje się, że kryterium jakościowe odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia [na przykład poprzez przedstawienie próbek] powinno być stosowane wyłącznie do dostaw, gdzie można w sposób mierzalny porównać parametry oferowanych dóbr. Natomiast w przypadku usług, kryterium jakościowe może być stosowane w odniesieniu do:

- personelu wykonawcy [doświadczenie i posiadane certyfikaty]
- wykonawcy [doświadczenie wykonawcy, dostępność kluczowego personelu, liczebność, zastępowalność, organizacja zespołu, organizacja kontroli jakości].

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w zakresie kryterium „Jakość opinii prawnej” zamierza zweryfikować umiejętność sporządzenia opinii na jeden z tematów, który w razie udzielenia zamówienia z dużym prawdopodobieństwem pojawi się w zakresie usług świadczonych przez wykonawcę. Tymczasem przedmiot zamówienia opisany w załączniku nr 1 do SIWZ [„Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”] jest zdecydowanie szerszy niż przygotowywanie tego typu opinii. Porównanie zakresu przedmiotu zamówienia z zakresem opinii, które zostaną sporządzone na egzaminie przez ekspertów wykonawcy prowadzi do wniosku, że wybór sposobu oceny jakości zamówienia w odniesieniu do właściwości wykonawcy nie jest reprezentatywny i w konsekwencji nie sprzyja wyborowi wykonawcy, który będzie w największym stopniu, spośród biorących udział w postępowaniu wykonawców, zdolny do właściwego wykonania zamówienia.

Kryteria oceny ofert powinny być ustalane w ten sposób, aby umożliwić zamawiającemu wyłonienie takiego wykonawcy, który wykona zamówienie w sposób najbardziej odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego. Za oczekiwania zamawiającego należy uznać przedmiot zamówienia określony w opisie przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert powinny być zatem adekwatne do opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy zaznaczyć, że kryteria oceny ofert powinny odnosić się nie do części przedmiotu zamówienia, ale do jego całości. Kryteria te nie mogą być prowadzić ani do zbyt wąskiej oceny możliwości wykonawcy, ani do zbyt szerokiej. Zastosowanie kryteriów odniesionych do wycinka zamówienia prowadzi jedynie do częściowego sprawdzenia możliwości wykonania przez wykonawcę danego zamówienia, co w rzeczywistości nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia. Z kolei kryteria określone zbyt szeroko prowadzą do weryfikacji cech wykonawcy, czy też oferowanego przez niego przedmiotu zamówienia, których ocena jest zbędna w kontekście oczekiwań zamawiającego. Takie działanie prowadzi do generowania nieuzasadnionych kosztów postępowania, i to zarówno dla zamawiającego, jak dla wykonawców. Na gruncie bieżącego przetargu za bezcelowe należy uznać ocenianie oferty pod względem wycinka zamówienia.

Należy stwierdzić, że kryteria oceny ofert w obecnym brzmieniu, mimo tego, że nie są precyzyjne, mogłyby zostać uznane za adekwatne i odpowiadające przedmiotowi zamówienia w większym niż obecnie stopniu, gdyby przedmiotem zamówienia było wyłącznie sporządzanie analogicznych opinii prawnych - w podobny sposób tj. w miejscu i czasie wyznaczonym przez Zamawiającego, a także ze ściśle określonej tematyki a w szczególności dotyczących zagadnień takich samych, jak te na egzaminie. W przeciwnym razie wykonanie jednej opinii podczas egzaminu może, ale nie musi świadczyć o tym, że dany ekspert wykona dalsze opinie na takim samym poziomie.

Tymczasem przedmiotem zamówienia są „Usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych”. Brak adekwatności sposobu oceny ofert przejawia się w szczególności w odniesieniu do części usługi jaką jest reprezentacja prawna w zakresie zamówień publicznych. Jest to usługa bardzo szeroka, bo reprezentowanie może dotyczyć wszelkich czynności Zamawiającego w związku z udzielaniem zamówień publicznych w tym na przykład reprezentowanie Zamawiającego przed sądami administracyjnymi. Warto też zauważyć, że Zamawiający w ogóle nie wymaga od wykonawców doświadczenia w działaniu przed sądami administracyjnymi.

W obecnej sytuacji Zamawiający będzie zdolny ocenić tylko wycinek wiedzy ekspertów wykonawcy, a oprócz tego tylko formę, plan dokumentu, stylistykę oraz sposób wypowiedzi w ramach opinii. Sprawdzenie takiej cechy przyszłej usługi wykonawcy nie jest weryfikacją adekwatną, bo dużo ważniejszą cechą obsługi prawnej jest jej wartość merytoryczna.

Jednocześnie, cechę oferty, którą zamierza sprawdzić i ocenić Zamawiający w ramach kryterium „Jakość opinii prawnej” w opisany w SIWZ sposób, będzie można lepiej zweryfikować poprzez oświadczenie wykonawcy o dokonaniu w ostatnich trzech latach 50 audytów, zawarte w Załączniku nr 6 - Wykaz osób. Nadto doświadczenie w audytach prawnych jest jednym z warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stosuje zatem tożsame kryterium oceny ofert w postaci oceny sporządzonej opinii z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Dodatkowo jeżeli intencją Zamawiającego jest, aby każdy ekspert sporządził jedną opinię z tego samego zakresu, to opinia wydawana przez eksperta wskazanego w pkt 4.1.3 lit. b) SIWZ byłaby całkowicie nieadekwatna do wymaganego od niego doświadczenia. Wymaga się bowiem od niego doświadczenia w reprezentowaniu stron w postępowaniu przed: Krajową Izbą Odwoławczą lub Sądem Okręgowym w związku ze skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wymaga się doświadczenia w sporządzaniu opinii w zakresie oceny prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem zagadnienia wymierzania korekt finansowych [co ma być przedmiotem opinii]. Odwołujący wskazuje też na brak spójności w postanowieniach SIWZ odnoszących się do cech ekspertów, którzy mieliby wykonywać zamówienie. Zamawiający uznając za spełniającego warunki udziału w postępowaniu eksperta bez doświadczenia w zakresie przeprowadzania audytów postępowań o udzielenie zamówienia, jednocześnie przewiduje konieczność sporządzenia przez niego opinii w tym zakresie, określając przy tym minimalną ilość punktów na 20 możliwych, jaką należy uzyskać, aby złożona oferta w ogóle podlegała badaniu i ocenie. W przedmiotowej sprawie, gdyby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z opublikowaną przez Zamawiającego SIWZ, ocenie podlegałyby praca dwóch osób, które pojawiłyby się na egzaminie w czasie i miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego. Ocena sporządzonych przez nich opinii nie daje jednak gwarancji, że opinie prawne pisane w przyszłości będą faktycznie napisane przez te same osoby. Taki sam stopień pewności co do faktycznych autorów opinii będących w przyszłości przedmiotem

zamówienia osiągnąłby Zamawiający wymagając jako części oferty przedstawienia gotowej sporządzonej opinii. Nie ma bowiem pewności, czy, mimo że w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego pojawią się osoby spełniające kryteria określone przez Zamawiającego, następnie po uzyskaniu zamówienia opinie będą przygotowane przez osoby nie spełniające wymagań określonych przez Zamawiającego. Z pewnością wykonawcę wiążą oświadczenia, że zamówienie będzie wykonywane przez konkretne osoby, ale takie same oświadczenia zostałyby złożone przez wykonawcę także, gdyby przetarg był pozbawiony elementu egzaminu.

Odwołujący wskazał także na to, że warunki udziału w postępowaniu zawierają między innymi wymóg dysponowania przez wykonawcę dwoma ekspertami o odmiennych kwalifikacjach, przy czym z kryterium „potencjał kadrowy” wynika, że dodatkowo premiowane będzie posiadanie uprawnień do reprezentacji w postępowaniach przez obie osoby. Tymczasem Zamawiający przypisuje aż 50 % wagi punktom przyznanym na podstawie sporządzonych opinii prawnych, przy czym przygotowania takich opinii wymaga się od obu osób wchodzących w skład Zespołu wykonawcy. Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której takie same umiejętności obu ekspertów wykonawcy, są sprawdzane w ten sam sposób i pod tym samym względem, mimo tego, że wymaga się od nich odmiennych kwalifikacji [opisanych w warunkach udziału w postępowaniu], które odzwierciedlają potrzeby Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający, mimo tego, że dopuszcza do realizacji zamówienia dwie osoby, podczas egzaminu wymaga od nich zupełnie indywidualnej pracy, co jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz stoi w sprzeczności z typową organizacją pracy w kancelariach prawnych, w których znajduje się wielu specjalistów z danej dziedziny. Konsultacje między osobami kompetentnymi w zakresie danego zagadnienia mogą tylko zwiększyć wartość merytoryczną efektów pracy danego eksperta. Sposób organizacji egzaminu przez Zamawiającego mógłby zostać uznany za spójny z przedmiotem zamówienia, gdyby usługa była zlecana tylko jednej osobie, która sama w przyszłości wykonywałaby potencjalne zamówienie.

Podsumowując powyższe należy stwierdzić, że brak adekwatności w określonych przez zamawiającego kryteriach postępowania w stosunku do przedmiotu zamówienia przejawia się przede wszystkim w tym, że Zamawiający zamierza poddać ocenie opinię na jeden z tematów z jakimi wykonawca może zetknąć się podczas wykonywania zamówienia.

Sprawdzenie umiejętności dwóch ekspertów wykonawcy w zakresie sporządzenia opinii na podany temat nie gwarantuje jednak Zamawiającemu wyłonienia takiego wykonawcy, który będzie kompetentny do wykonania całego zakresu usługi jaką jest „Doradztwo prawne i reprezentacja prawna w zakresie zamówień publicznych”. Nie jest zasadne przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, który nie prowadzi do wyboru wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania odpowiedniego do oczekiwań zamawiającego zamówienia. Takie kryterium, które w wystarczającym stopniu nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, należy uznać za kryterium ustanowione w sprzeczności z przepisem art. 91 ust. 2 ustawy.

Jedną z podstawowych zasad, na straży których stoi prawo zamówień publicznych, jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy wskazał, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie. W przedmiotowej sprawie zasada ta została naruszona w związku z nieprawidłowym opisaniem kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zaznaczył, że Sądem Okręgowym w Warszawie [wyrok z dnia 18 sierpnia 2011 r. XXIII Ga 380/11], że przepisy ustawy nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji, aby można było uznać, że do takiego naruszenia doszło. Przepisy te wprowadzają zasadę, iż w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych, istnieje już podstawa do wyłączenia lub wykluczenia i wyłączenie to lub wykluczenie jest obowiązkiem, tj. skierowanym do zamawiającego przez przepisy ustawy nakazem wyłączenia lub wykluczenia. Tak też jest w przypadku zastosowania kryteriów oceny ofert umożliwiających Zamawiającemu podjęcie arbitralnej decyzji o przyznanej punktacji. Jak wskazano w powyższym wyroku Sądu Okręgowego - nie jest konieczne stwierdzenie naruszenia, ale samo ukształtowanie warunków w taki sposób, które rodzą możliwość powstania takiego naruszenia. Fundamentem prawa zamówień publicznych jest bowiem zachowanie uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców, a przepisy ustawy powinny się interpretować w sposób umożliwiający ich przestrzeganie. Za niezgodność z przepisami ustawy jest zatem uważane nie tylko naruszenie jednej ze wskazanych wyżej zasad, ale także powstanie takiej sytuacji, w której, w zależności od zachowania danych osób w danej sytuacji [tutaj podczas oceny ofert] może dojść do takiego naruszenia.

[7] w zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Odwołujący podniósł:

Zamawiający może żądać próbek na potwierdzenie, że oferowane usługi są zgodne z SIWZ. Próbką taką może być wzór opinii prawnej. Powinna być ona jednak załączana do oferty, a nie składana w czasie późniejszym. Zamawiający musi też zapewnić, że kwalifikacje komisji przetargowej pozwalają na profesjonalną ocenę takich opinii prawnych/próbek. Warto także podkreślić, iż nieuwzględnienie niniejszego odwołania może doprowadzić do upowszechnienia sposobu określania kryteriów oceny ofert, które pozostawiają w zakresie arbitralnych decyzji zamawiających ocenianie złożonych w postępowaniach ofert. Taki sposób postępowania będzie prowadził do podważenia fundamentów prawa zamówień publicznych, którego założeniem jest przeciwdziałanie dowolności wyboru wykonawców przez Zamawiających, którzy nie zapewniają uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców prowadzących do zachowania dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie Odwołującego, dla niezależnego prawnika niemożliwe jest pogodzenie się z warunkami przetargu, które uważa za niezgodne z ustawą. Szczególnego znaczenia nabiera to w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia mają być właśnie usługi doradztwa prawnego w zakresie zamówień publicznych.

III. Zamawiający w dniu 28 sierpnia 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpili dwaj wykonawcy: Kancelaria Doradcza Zamówienia Publiczne I. H. a także Kancelaria Radców Prawnych C. i Partnerzy spółki partnerskiej w Warszawie - po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszone zostały przystąpienia. Uznano, że wykonawcy deklarujący zainteresowanie udziałem w postępowaniu, wskazując że w ich interesie jest utrzymanie aktualnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia SIWZ, które uważają za zgodne z prawem, posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której nastąpiło przystąpienie. Gdyby miało być tak, że ramach interesu wymaganego dla skutecznego przystąpienia, o którym mówi art. 185 ust. 2

ustawy nie mieściło się prawo wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu do obrony określonego, nadanego przez Zamawiającego kształtu SIWZ, którego zmiana w sposób postulowany w odwołaniu jest, w ocenie tego wykonawcy, dla niego niekorzystna, to tym bardziej trudno byłoby każdorazowo upatrywać węższego interesu, wymaganego dla Odwołującego, w myśl przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. Istotne wskazówki dotyczące interesu wykonawcy w zakresie określonego kształtu postępowania o zamówienie publiczne zawarte zostały w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż (...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny.”. W zakresie kwestionowania postanowień SIWZ, a także dążenia do ich pozostawienia w niezmienionym kształcie, należy zatem każdemu wykonawcy potencjalnie zainteresowanemu udziałem w postępowaniu, przypisać relatywnie szeroki interes, przejawiający się zapewnieniem uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, choć Zamawiający w postępowaniu nie ustrzegł się niedoskonałości, które jednak dotyczyły przede wszystkim opisu przedmiotu zamówienia a także jego nieoddającego rzeczywistego zakresu oznaczenia [nazwa nadana przez Zamawiającego postępowaniu], co z kolei było poza zakresem postawionych zarzutów [art. 192 ust. 7 ustawy].

[1] Nie znalazły potwierdzenia te zarzuty, które wskazywały na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 czy art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazane przepisy dotyczą etapu oceny ofert, nie zaś kształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie jest także zasadnym zarzut naruszenia art. 39 ustawy, poprzez zastosowanie trybu nieznanego ustawie. Wprowadzenie określonego mechanizmu badania jakościowego oferty, jakim jest wymaganie sporządzenia przez dwóch wskazanych w ofercie ekspertów opinii prawnej na zadany temat bezpośrednio po terminie składania ofert [dwie godziny po tej chwili], co ma postać dopuszczanej przepisami [art. 25 ust. 1 ustawy, w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane], nie stanowi o zastosowaniu trybu nieznanego ustawie. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu

nieograniczonego; wynika to wyraźnie z ogłoszenia oraz SIWZ. Także wynikająca z tych dokumentów charakterystyka postępowania, jego elementy, nie prowadzą do wniosku, by nastąpiło zniekształcenie trybu przetargu nieograniczonego. Zastosowane kryterium pozacenowe, jakim jest m.in. „jakość opinii prawnej”, weryfikowane na podstawie opinii sporządzanej pod okiem Zamawiającego, bezpośrednio po terminie składania ofert przez ekspertów, którzy mają wykonywać zamówienie, nie prowadzi do uznania, byśmy mieli do czynienia z trybem nieznanym ustawie. Zastrzeżenia co do zastosowanego kryterium, sposobu jego zweryfikowania nie oznaczają zastosowania trybu nieznanego ustawie.

Spornym jest jedno z dwóch pozacenowych kryteriów, zastosowanych przez Zamawiającego w celu zbadania jakości przedmiotu świadczenia zaoferowanego w postępowaniu. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że poza ceną, któremu to kryterium oceny ofert Zamawiający przypisał wagę 30 %, zastosowane zostało kryterium odnoszące się do sposobu świadczenia usługi w ramach zamówienia, obejmujące dwa elementy:

- „jakość opinii prawnej” – o wadze 50 %, oraz
- potencjał kadrowy [mierzony określonym doświadczeniem wskazanych ekspertów] – o wadze 20 %.

Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, dotyczące kryterium pozacenowego zastosowanego w przedmiotowym postępowaniu, obejmującego dwa elementy: „jakość opinii prawnej” oraz „potencjał kadrowy”, dostrzeżenia wymaga, że oba te kryteria wartościują ten sam walor, jakim jest potencjał kadrowy, tyle że w dwóch różnych perspektywach. Pierwsze, przez pryzmat określonych umiejętności ekspertów, a drugie – przez pryzmat ich doświadczenia. Postanowienia SIWZ wskazują zatem na zastosowanie kryterium odnoszącego się w istocie do potencjału kadrowego, którym wykonawca ma wykonywać zamówienie, a które to kryterium w tym postępowaniu Zamawiający potraktował rozłącznie, jak dwa odrębne kryteria. Powyższe mogło zostać skonstruowane jako jedno kryterium, podzielone na dwa podkryteria. Biorąc następnie pod uwagę przedmiot świadczenia w postępowaniu, to jest osobiste wykonywanie usługi przez dwóch wskazanych w ofercie ekspertów, nie pozwalające na ich jakiegokolwiek zastępstwo i obwarowane rozwiązaniem umowy w razie niemożności wykonywania zamówienia przez te osoby, wprowadzenia kryterium dotyczącego potencjału kadrowego, o tak wysokiej wadze [łącznie 70 % w ramach „potencjału kadrowego” oraz „Jakości opinii prawnej”], nie można uznać za nieuzasadnione.

[2] Następnie, dostrzeżenia wymaga, że zasadnicza część podniesionych zarzutów zmierzająca do zakwestionowania – jako zasady – możliwości przetestowania wiedzy i umiejętności ekspertów, którzy mają wykonywać przedmiot zamówienia poprzez przeprowadzenie dwie godziny po złożeniu oferty swego rodzaju egzaminu, oparta została na przyjęciu, że następczo, po terminie składania ofert, mamy do czynienia z wytworzeniem oferty, którą stanowi opracowanie wykonane przez ekspertów.

Zamawiający w tej mierze w SIWZ zawarł postanowienia, z których wynika, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem dwóch osób [zwany „Zespołem”], które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którego skład wejdą:

a) jedna osoba posiadająca:

- wykształcenie wyższe,
- doświadczenie polegające na przeprowadzeniu w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert kontroli lub audytu/ów 50 postępowań o udzielenie zamówień publicznych;

b) jedna osoba posiadająca:

- uprawnienia w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych [Dz.U. z 2010 r., Nr 10, poz. 65, z późn. zm.] lub posiadającymi uprawnienia w rozumieniu ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze [Dz.U. z 2009 r., Nr 146, poz. 1188, z późn. zm.] lub prawnikami wpisanymi na listę prowadzoną przez okręgową radę adwokacką, tj. uprawnionymi do wykonywania stałej praktyki w zakresie odpowiadającym zawodowi adwokata, lub prawnikami wpisanymi na listę prowadzoną przez radę okręgowej izby radców prawnych, tj. uprawnionymi do wykonywania stałej praktyki w zakresie odpowiadającym zawodowi radcy prawnego – w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej [Dz.U. Nr 126, poz. 1069, z późn. zm.],
- doświadczenie w reprezentowaniu, w okresie ostatnich 3 lat od dnia wszczęcia postępowania, strony łącznie w pięciu postępowaniach przed: Krajową Izbą Odwoławczą lub Sądem Okręgowym w związku ze skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. [pkt 4.1.3 SIWZ].

Zamawiający nie dopuścił, aby wykonawca wskazał tę samą osobę, w celu wykazania spełniania warunków, określonych w pkt 4.1.3 lit. a i b.

Zamawiający zaakcentował także, że przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu [Rozdział 4 SIWZ] oraz przy ocenie ofert w ramach kryteriów oceny [Rozdział 12 SIWZ] Zamawiający weźmie pod uwagę jedynie dwie osoby: pierwszą osobę wymienioną w „Części A” Wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia” oraz pierwszą osobę wymienioną w „Części B” Wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”. Zamawiający zastrzegł, że wyłącznie dwie ww. osoby zostaną przez Zamawiającego dopuszczone do sporządzenia opinii prawnych, o których mowa w pkt 12.5 SIWZ [pkt 7.15 SIWZ].

W pkt 12.5 Zamawiający opisał szczegółowo sposób sprawdzenia umiejętności wskazanych w ofercie dwóch ekspertów, wskazując m.in., że punkty za kryterium „Jakość opinii prawnej” zostaną przyznane w skali punktowej do 50 pkt., na podstawie opinii sporządzonych przez dwie osoby, o których mowa w Rozdziale 7 pkt 7.15 w uwadze pod lit. c) SIWZ. Zamawiający podkreślił, że oceni każdą z opinii, zgodnie z określoną punktacją [lit. a-c], a następnie zsumuje liczbę punktów przyznaną obu opiniom w celu określenia ilości punktów, które otrzyma oferta Wykonawcy w kryterium „Jakość opinii prawnej”.

Zamawiający nałożył także na wykonawcę obowiązek nie znajduącego żadnych odstępstw osobistego wykonania zamówienia przez wskazanych dwóch ekspertów – w pkt 16.3 SIWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym w umowie zostaną wskazane dwie osoby, które będą realizować zamówienie [osoby, które pisały opinie prawne, o których mowa w pkt 12.5 SIWZ]. Zamawiający podkreślił, że nie dopuszcza możliwości zmiany tych osób w trakcie trwania umowy - jeżeli wskazane osoby nie będą w stanie osobiście realizować zamówienia, umowa ulega rozwiązaniu.

Z powyższych postanowień SIWZ wynika, że w ofercie wskazywane są dwie osoby, które mają wykonywać zamówienie i te same osoby mają przystąpić do sprawdzenia umiejętności w ramach kryterium jakościowego, nazwanego „Jakość opinii prawnej”. Zestawienie postanowień SIWZ nie wskazuje, że w tym zakresie, dopiero na etapie sporządzenia opracowań w czasie trwającego 4 godziny zadania [określanego przez Odwołującego egzaminem], mamy do czynienia z wytworzeniem oferty. Skoro w ofercie podawane są dane tych dwóch ekspertów, to należy przyjąć, że treścią oferty jest dedykowanie określonych dwóch osób do realizacji zamówienia, zaś przeprowadzone później zadanie ma charakter sprawdzenia umiejętności tych osób. Przewidziany w SIWZ mechanizm badania oferty w ramach kryterium „Jakość opinii prawnej” nosi cechy prezentacji

umiejętności osób [przewidzianej w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane próbki], której nośnikiem są osoby wskazane w ofercie.

Nie sposób też podzielić argumentacji artykułowanej w odwołaniu a także na rozprawie, zmierzającej do wykazania niewłaściwego wymagania dotyczącego osób mających wykonywać zamówienie, w zestawieniu z kryterium nazwanym przez Zamawiającego „jakość opinii prawnej”. Argumentacja wskazująca na zastosowanie relatywnie dużej wagi kryterium: „jakość opinii prawnej” oraz wymagania jedynie od jednego ze wskazanych ekspertów uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata, wskazująca na niedopuszczalne, w ocenie Odwołującego, dopuszczenie do wykonywania czynności zastrzeżonych odpowiednimi ustawami o radcach prawnych oraz o adwokaturze w ramach realizacji zamówienia, nie uwzględnia rzeczywistego przedmiotu zamówienia. Odwołujący przyjmuje bowiem, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie pomocy prawnej w rozumieniu odpowiednich przepisów, co powinny wykonywać osoby o kwalifikacjach radcy prawnego lub adwokata [co z kolei nie powinno być badane na podstawie „egzaminu” w ramach sprawdzenia „jakości opinii prawnej”, sporządzonej przecież przez osoby posiadające takie uprawnienia]. Analiza przedmiotu zamówienia, opisanego w załączniku nr 1 do SIWZ „*SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA na usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych*” wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie za Zamawiającego kontroli poprawności wydatkowania przez beneficjentów środków unijnych, w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie doradztwo prawne w ramach bieżącej działalności Zamawiającego. Rezultatem czynności wykonywanych w ramach zamówienia ma być sporządzenie przez wykonawcę raportu z kontroli, obejmującego wyszczególnione przez Zamawiającego elementy, zgodnie z przekazaną wykonawcy listą sprawdzającą, co do którego to raportu, Zamawiający ma prawo wnosić zastrzeżenia, do uwzględnienia których zobowiązany jest wykonawca. Wskazany raport ma obejmować przy tym ocenę prawną postępowania o zamówienie publiczne, jakie przeprowadziła kontrolowana jednostka, ale także wiąże się z przyjęciem właściwej metody i prawidłowym naliczeniem ewentualnej korekty finansowej.

Jak wynika bowiem z załącznika nr 1 do SIWZ „*SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA na usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych*”, przedmiot zamówienia obejmuje doradztwo prawne

w zakresie przepisów dotyczących zamówień publicznych, świadczone w następujący sposób:

„III. Sposób realizacji doradztwa prawnego w zakresie przepisów dotyczących zamówień publicznych:

1. Zamawiający przekazuje Wykonawcy dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w celu ich weryfikacji pod względem poprawności zastosowania przepisów wymienionych w pkt II.

2. Jeżeli Wykonawca w trakcie weryfikacji stwierdzi, że dokumenty, które otrzymał, powinny zostać uzupełnione, zwróci się do Zamawiającego o ich uzupełnienie, wskazując jakie dokumenty powinny zostać uzupełnione. Do czasu uzupełnienia przez Zamawiającego dokumentów termin, o którym mowa w pkt 3, ulega zawieszeniu.

3. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu projekt raportu, o którym mowa w pkt V w terminie 10 dni roboczych od dnia otrzymania dokumentów.

4. Zamawiający w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania raportu, o którym mowa w pkt 3:

4.1. poinformuje Wykonawcę, że nie zgłasza uwag do raportu, lub

4.2. przekazuje Wykonawcy uwagi do raportu. Uwagi mogą dotyczyć w szczególności:

4.2.1. błędów w opisie stanu faktycznego,

4.2.2. braku wskazania naruszeń przepisów wynikających ze stanu faktycznego,

4.2.3. nieprawidłowego wskazania naruszonych przepisów,

4.2.4. nieprawidłowego przyjęcia metody lub wysokości naliczenia korekty finansowej,

4.2.5. niejednoznacznych lub niespójnych wniosków w ocenie stanu faktycznego lub prawnego.

5. Wykonawca w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania uwag, o których mowa w pkt 4.2, przekazuje Zamawiającemu poprawiony raport.

6. Zamawiający w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania poprawionego raportu, o którym mowa w pkt 5:

6.1. poinformuje Wykonawcę, że nie zgłasza uwag do raportu, lub

6.2. przekazuje Wykonawcy ponownie uwagi do raportu.

7. W przypadku przekazania uwag, o których mowa w pkt 6.2, stosuje się odpowiednio pkt 5 i 6.1. Jeżeli Zamawiający ma uwagi do raportu przekazanego przez Wykonawcę w wyniku zgłoszenia uwag, o których mowa w pkt 6.2, uwagi te są zgłaszane w protokole odbioru, o którym mowa w § 5 ust. 2 umowy.

8. Wykonawca w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania informacji o braku uwag, o których mowa w pkt 4.1 lub 6.1, przekazuje Zamawiającemu raport.”

Raport z weryfikacji dokumentów, zaś ma zawierać następujące elementy, wskazane w pkt V załącznika nr 1 do SIWZ „SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA na usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych”:

„1.1. wskazanie osoby lub osób, które przeprowadzały badanie dokumentów,

1.2. podpisy osób, o których mowa w pkt V.1.1, pod treścią raportu, który ma być przekazany w formie pisemnej,

1.3. wskazanie dokumentów, będących przedmiotem weryfikacji,

1.4. ocenę badanej dokumentacji, w tym czynności lub beczynności zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzającą:

1.4.1. brak naruszeń przepisów;

1.4.2. naruszenia przepisów. W tym przypadku Wykonawca:

1.4.2.1. wskazuje przepisy, które zostały naruszone, oraz dokładnie opisuje w jakim zakresie stan faktyczny jest niezgodny z naruszonymi przepisami,

1.4.2.2. ustala i uzasadnia, czy dane naruszenie stanowi naruszenie, za które należy nałożyć korektę finansową, w szczególności uzasadnia, w jakim zakresie stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania,

1.4.2.3. uzasadnia propozycję korekty finansowej ze wskazaniem: przyjętej metody [dyferencyjna / wskaźnikowa], wysokości korekty finansowej. W przypadku zastosowania metody dyferencyjnej podaje sposób jej obliczenia, a w przypadku metody wskaźnikowej podaje zastosowany punkt odpowiedniego taryfikatora oraz uzasadnienie, czy zachodzą przesłanki do nałożenia korekty w maksymalnej wysokości lub obniżenia jej wysokości.

1.4.2.4. oświadcza, że poza stwierdzonymi naruszeniami, pozostała część dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego jest poprawna.

1.5. wypełnioną listę sprawdzającą, stanowiącą załącznik do raportu [ilekroć w umowie lub SOPZ jest mowa o raporcie, rozumie się przez to raport wraz z listą sprawdzającą].

2. Lista sprawdzająca, o której mowa pkt 1.5, zostanie przekazana Wykonawcy po podpisaniu umowy.

3. Wyniki oceny, o której mowa w pkt 1.4 muszą być jednoznaczne i stwierdzać brak nieprawidłowości lub wskazywać nieprawidłowości. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości,

Wykonawca przedstawi szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące stwierdzonej nieprawidłowości, przywołując – w razie potrzeby – odpowiednie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych lub administracyjnych, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, stanowisk i opinii Prezesa UZP, komentarze do ustawy USTAWY, potwierdzające stwierdzoną nieprawidłowość.”

W świetle załącznika nr 1 do SIWZ „SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA na usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych”, zakres reprezentacji Zamawiającego przed sądami administracyjnymi został określony jako świadczenie usługi zastępstwa procesowego poprzez stawiennictwo jednej z osób świadczących usługę [spośród dwóch osób wskazanych do realizacji zamówienia], w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Warszawie i w Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz sporządzanie niezbędnych pism procesowych w zleconych sprawach. Wykonawca nie może powierzyć wykonania zobowiązania do świadczenia usług innym radcom prawnym lub adwokatom ani aplikantom radcowskim lub adwokackim. Zakres ten został sprowadzony do niewielkiej ilości reprezentacji przed sądami, na co wskazuje zmiana SIWZ z dnia 21 sierpnia 2014 r., gdzie podano ilości odpowiednich czynności w ramach realizacji przedmiotu zamówienia:

„2.1 Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług doradztwa prawnego w zakresie przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz reprezentowania Zamawiającego przed sądami administracyjnymi, w tym sporządzania odpowiedzi na skargę i skarg kasacyjnych.

Szacowany przez Zamawiającego zakres zamówienia obejmuje:

- a) usługa doradztwa prawnego w zakresie przepisów dotyczących zamówień publicznych w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – 170 szt.,*
- b) zastępstwo procesowe w jednej sprawie w danej instancji, w tym przygotowanie odpowiednich pism procesowych, bez udziału w rozprawie – 8 szt.,*
- c) zastępstwo procesowe w jednej sprawie w danej instancji, udział w każdym terminie rozprawy – 8 szt.*

Minimalny zakres zamówienia wynosi 85 usług doradztwa prawnego, o których mowa w lit.

a). Zamawiający nie gwarantuje zlecenia wykonywania zastępstwa procesowego.”

Zamawiający na rozprawie podał, że opracowywana opinia będzie próbką raportu, jaki wykonawca będzie zobligowany wykonywać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Zrozumiała jest zatem intencja Zamawiającego, że cena nie powinna przysłaniać jakości usługi [Zamawiający podawał na rozprawie, że „*chce przełamać petryfikowany stan opierania się o cenę jako jedyny miernik oceny ofert*”], a także że jest skłonny zapłacić większą kwotę, za dobrze wykonane zadanie. Każdorazowo bowiem, celem kryterium innego niż cena jest wyważenie wartości, jaką jest wysoka jakość usługi, za którą Zamawiający skłonny jest zapłacić godziwe wynagrodzenie. Oczywiście jest bowiem prawda, znana w ekonomii, iż za wyższą jakością produktu, zwykle idzie większa cena, którą trzeba za to ponieść. Temu celowi, w postępowaniu o zamówienie publiczne, służy możliwość wprowadzenia kryteriów pozacenowych wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak się bowiem wskazuje, w ramach kryterium innego niż cena, nie powinien się mieścić aspekt finansowy, samo kryterium pozacenowe, winno premiować wyłącznie cechę, decydująca o wyższej jakości przedmiotu zamówienia.

Reasumując, biorąc pod uwagę szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymaganie sporządzenia zadania mającego za przedmiot opinię prawną, tożsamą z raportem z weryfikacji dokumentów, który ma być przedmiotem świadczenia w postępowaniu, nie może być uznane za niereprezentatywne dla przedmiotu zamówienia.

[3] Biorąc pod uwagę powyższe, w analizowanym postępowaniu mamy więc do czynienia ze szczególną formą prezentacji, polegającą na wskazaniu w ofercie osób dedykowanych do realizacji zamówienia, a następnie, dwie godziny po terminie składania ofert – z prezentacją umiejętności tych osób. Tak jak zwyczajowo prezentacja ma charakter zweryfikowania próbki przedmiotu podlegającego dostawie, którą to próbkę należy zamieścić w ofercie, tak w wypadku, gdy przedmiot zamówienia stanowi świadczenie usługi, prezentacja polega na zademonstrowaniu umiejętności wskazanych osób na wybranych przykładzie [zadaniu wykonywanym w warunkach określonych przez Zamawiającego]. Także Odwołujący, w końcowej części odwołania, stawiając zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, dostrzega, że zamawiający może żądać próbek na potwierdzenie, że oferowane usługi są zgodne z SIWZ, oraz że próbką taką może być wzór opinii prawnej, powinna być ona jednak, zdaniem Odwołującego, załączana do oferty, a nie składana w czasie późniejszym. Ofertą jednak w tym postępowaniu jest świadczenie usługi przez dwóch wskazanych przez wykonawcę ekspertów, bez możliwości jakiegokolwiek ich zmiany czy zastąpienia nawet osobami o porównywalnych kwalifikacjach i wiedzy. Ofertę stanowi zatem wskazanie tych

osób, zaś ich wiedza i umiejętności będą prezentowane w ramach wykonania zadania, ocenianego w ramach kryterium „jakość opinii prawnej”. W konsekwencji, w świetle tak ukształtowanego przedmiotu zamówienia, którym jest osobiste świadczenie przez dwie wskazane osoby realizacji przedmiotu umowy, prezentację próbki może stanowić wyłącznie zweryfikowanie umiejętności tych osób, nie zaś wzór opinii prawnej, który nie musi być rezultatem pracy tych osób.

Ponadto, nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że próbka będzie generowana po terminie składania ofert. Po terminie składania ofert będą weryfikowane umiejętności ekspertów, którzy wskazani są w ofercie, a zatem sformułowanie oferty następuje w terminie składania ofert. Jak podał Zamawiający na rozprawie, zadanie wykonywane dla celu kryterium „jakość opinii prawnej” ma służyć wyborowi wykonawcy, którego wiedza i doświadczenie realnie zostanie zweryfikowane na etapie postępowania o zamówienie, da rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wcześniejsze doświadczenia Zamawiającego w tym zakresie były takie, że wykonawcy składali w pełni poprawne opinie opracowane przez zespoły, z użyciem różnych materiałów, systemów informacji prawnej czy posiłkując się opiniami współpracujących ekspertów, co nie było w pełni miarodajne do zweryfikowania jakości świadczonej usługi. Opracowana opinia w ramach zadania wykonywanego pod okiem Zamawiającego, daje większą możliwość zbadania umiejętności ekspertów aniżeli jej złożenie w ofercie. Zamawiający podkreślił także, że maksymalna ilość ekspertów, jakimi dysponuje dany wykonawca nie ma dla niego większego znaczenia - po to właśnie ma nastąpić weryfikacja umiejętności w sporządzaniu pisma, by osoby dedykowane do realizacji zamówienia tę opinię przygotowały.

Biorąc zatem pod uwagę szczególnie charakter przedmiotu zamówienia, powiązanie jego świadczenia z osobistym wykonywaniem usługi przez osoby wskazane w ofercie, w tym bardzo sztywne reguły związane z niemożnością świadczenia przedmiotu zamówienia przez wskazanych ekspertów [kategoryczne i nie znające żadnych odstępstw rozwiązanie umowy, w razie niemożności osobistego wykonania przez te osoby zamówienia], należy uznać, że kryterium jakościowe w postaci oceny pisemnego zadania [„jakość opinii prawnej”] nie stanowi w tym wypadku kryterium niedopuszczalnego czy nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że właśnie opisany wyżej charakter przedmiotu zamówienia, tak kategoryczne zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistego świadczenia usługi przez wskazanych dwóch ekspertów przemawia za możliwością weryfikacji ich umiejętności. Powyższe, tak rygorystyczne wymaganie osobistego wykonania

zamówienia wyłącznie przez wskazane dwie osoby, może zasługiwać na zrozumienie, jeśli się weźmie pod uwagę przedmiot zamówienia, którym jest określona ilość kontroli wydatkowania środków z projektów unijnych [finalnie: określona ilość raportów z tych kontroli], gdzie wartością - jeśli nie wymogiem - jest, by te kontrole przeprowadzono według jednakowych zasad i wizji stosowania przepisów a także jednakowego dla wszystkich kontrolowanych wartościowania uchybień i przełożenia je na zastosowane sankcje finansowe. Innymi, słowy, przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia, pożądane może być, by oceny dokonywała jak najmniejsza ilość osób, co eliminuje nieuniknione i naturalne w procesie stosowania prawa różnice w podejściach i różne oceny tych samych stanów faktycznych. Cechą kontroli [wykonywanej, jak ma to miejsce w analizowanej sprawie, według narzuconej przez Zamawiającego listy kontrolnej – pkt V 1.5 załącznika nr 1 do SIWZ] jest, by każdy kontrolowany znajdujący się w takiej samej sytuacji, został oceniony tak samo, bez różnicowania w wyniku przyjętych odmiennych koncepcji prawnych. Powyższe z kolei czyni bezpodstawną tę część argumentacji Odwołującego, która akcentuje zespołowy charakter pracy prawników, możliwość łączenia wyspecjalizowanej wiedzy z różnych specjalności, mogących wykonać zamówienie. Ta wartość dodana wynikająca z zespołowej pracy, możliwości zaangażowania różnych specjalności, nie została na gruncie przedmiotowego postępowania przewidziana jako wartość, a przeciwnie – w świetle wymagania osobistego wykonania zamówienia – co do zasady nie jest dopuszczona [choć oczywiście, sam fakt wykonywania zamówienia przez ekspertów poza siedzibą Zamawiającego nie daje jakiegokolwiek możliwości zweryfikowania, kto finalnie opracował raport]. Charakter przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu premiuje jednak, czy też wręcz wymaga, wykonywania zamówienia osobiście przez wskazanych ekspertów.

Powyższe decydowało także o nieuznaniu za zasadny zarzutu naruszenia art. 84 ust. 2 ustawy, poprzez przewidzenie w SIWZ, że oferty złożone po terminie składania ofert nie będą podlegać zwrotowi. Przyjęcie, że wykonanie przez ekspertów zadania w ramach weryfikacji kryterium „Jakość opinii prawnej” stanowi - właściwą dla przejawów niematerialnych wykonania zamówienia, które jest wynikiem wyłącznie pracy koncepcyjnej wykonujących osób - postać prezentacji próbki, oznacza, że nie sposób spornej opinii prawnej rozpatrywać przez pryzmat przepisu art. 84 ust. 2 ustawy.

[4] Nie znalazły także potwierdzenia dalsze zarzuty podniesione w odwołaniu, odnoszące się co do samego kryterium „jakość opinii prawnej” oraz jego dopuszczalności.

Zgodzić się trzeba z ogólną tezą że naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy zasady uczciwej konkurencji a także równego traktowania wykonawców może wyrażać się nie tylko w dyskryminującym opisie przedmiotu zamówienia, postawieniu niewłaściwych warunków udziału w postępowaniu, ale także w ustaleniu kryteriów oceny ofert, które nie będą znajdowały w opisie przedmiotu zamówienia, oraz - w części wskazującej na priorytety Zamawiającego wyrażone w kryterium jakościowym – będą, bez uzasadnienia preferowały pewne wartości, które będą rzutowały następnie na taką lub inną ocenę złożonych ofert.

Podkreślenia – po pierwsze - wymaga, że cechy, właściwości czy funkcjonalności oferowanego przedmiotu, sposób wykonania zamówienia, które wyrażają się w kryteriach jakościowych, podlegających punktacji, powinny obejmować nie jakiegokolwiek cechy, ale walory w pewien sposób, właściwy dla zamawianego przedmiotu, reprezentatywne dla oceny jakościowej, możliwości uznania na ich podstawie, że dany produkt albo sposób realizacji zamówienia jest „lepszy” od innego, bardziej pożądanym, czy w wyższym stopniu realizującym cele Zamawiającego. Może to dotyczyć finalnego rezultatu, dla jakiego zamawiający dokonuje nabycia określonego przedmiotu w trybie zamówienia publicznego, ale także realizacji celów częściowych, pewnych partykularnych cech i właściwości zamawianego przedmiotu, które będą reprezentatywne dla ustalenia, że przedmiot posiadający te cechy, sposób realizacji zamówienia w konsekwencji będzie lepiej oddawał cel, dla którego nabywany jest dany przedmiot czy usługa. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek cechy, które zamawiający dobierze w celu ustalenia, która oferta wyraża wyższy bilans ceny i innych kryteriów, ale takie cechy, które mają lub mogą mieć znaczenie użytkowe, ekonomiczne lub inne dla Zamawiającego. Kryterium jakościowe zawsze będzie zatem w gestii Zamawiającego co do uznania, jaka właściwość uznawana będzie za bardziej pożądaną, co nie znaczy, że jest ono subiektywne i pozostające w sferze uznaniowości zamawiającego, zarówno co do cechy uznawanej za lepszą jak i celu, dla którego tę cechę uznano za reprezentatywną dla stwierdzenia, że przedmiot posiadający tę cechę ma wyższą jakość. Kryterium jakościowe wyraża bowiem najbardziej pożądaną, istotną wartość przedmiotu zamówienia, musi więc odnosić się do cech i właściwości, sposobu realizacji zamówienia, który jest dla Zamawiającego ważny.

Ponadto, zawsze ocena tego, co jest lepsze lub gorsze będzie dokonywana z pewnej perspektywy, z określonego punktu widzenia – przez pryzmat potrzeby konkretnego zamawiającego i premiowanych przez niego w danym postępowaniu wartości.

Kryterium jakościowe winno uwzględniać najlepsze rozwiązanie, zaś to co jest najlepsze, winno być postrzegane przez przyjęte w danym zakresie kryterium oceny tego, co jest najbardziej pożądane z perspektywy celów postępowania i realizacji zamówienia.

Tak istotną jest zatem kwestia, jaką wartość zamawiający, na gruncie konkretnego kryterium jakościowego preferuje, jaki jest powód, że dana cecha punktowana jest oceniana wyżej lub niżej. Możliwe jest bowiem - co ujawniło także postępowanie odwoławcze prowadzone w tej sprawie - że Zamawiający i wykonawca, w ramach opisanego kryterium postrzegają inne wartości jako pożądane i determinujące uznanie, że określony przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji jest lepszy lub gorszy. I tak jest w tej sprawie: Odwołujący upatrywał wyższej jakości w zakresie realizacji zamówienia w sporządzeniu raportów [a tym samym – na gruncie kryterium „Jakość opinii prawnej” – w opracowaniu, mającym na celu zweryfikowanie umiejętności osób wykonujących zamówienie] w ramach pracy zespołowej, a także w możliwości zaangażowania do wykonania zamówienia szerszego grona specjalistów. Tymczasem, stanowisko Zamawiającego oparte było na przeciwnym biegunie oceny sposobu wykonania zamówienia, wymagając wyraźnie osobistego wykonania zamówienia przez imiennie wskazane osoby i wprowadzając takie instrumenty, które pozwolą na zweryfikowanie umiejętności i wiedzy osób mających wykonywać zamówienie, eliminując zarazem te elementy, które nawiązują do pracy zespołowej czy możliwości zaangażowania do wykonania zamówienia, poza osobami wskazanymi w ofercie, jeszcze innych osób.

Na gruncie analizowanego postępowania, w pkt 2.1 SIWZ, w brzmieniu nadanym modyfikacją SIWZ z 21 sierpnia 2014 Zamawiający określił przedmiot zamówienia oraz podał zakres ilościowy czynności związanych z jego realizacją. W załączniku nr 1 do SIWZ „SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA na usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w zakresie zamówień publicznych”. W postanowieniach SIWZ Zamawiający wprowadził jednocześnie szereg postanowień, które wymagają osobistego świadczenia przedmiotu zamówienia wyłącznie przez dwie osoby wskazane w ofercie. Wyrazem tego jest bardzo rygorystyczne postanowienie, zawarte w pkt 16.3 SIWZ, zgodnie z którym, „W umowie zostaną wskazane dwie osoby, które będą realizować zamówienie [osoby, które pisały opinie prawne, o których mowa w pkt 12.5 SIWZ]. Zamawiający nie dopuszcza możliwości zmiany tych osób w trakcie trwania umowy. Jeżeli wskazane osoby nie będą w stanie osobiście realizować zamówienia, umowa ulega rozwiązaniu.”. Także w pkt 4.1.3 SIWZ, dotyczącym warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania

odpowiednimi osobami, Zamawiający zaakcentował element wyłącznie osobistego wykonywania zamówienia przez wskazane dwie osoby, traktowane jako zespół realizujący zamówienie: „Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem dwóch osób [zwany dalej „Zespołem”], które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w skład którego wejdą [...]” i „Zamawiający nie dopuszcza, aby Wykonawca wskazał tę samą osobę, w celu wykazania spełnienia warunków, określonych w pkt 4.1.3 lit. a i b.”.

Konsekwentnie, w ramach kryterium pozacenowego nazwanego „jakość opinii prawnej”, Zamawiający premiuje opracowanie dokumentu próbnego przez te dwie osoby, które zostaną wskazane w ofercie. Stąd argumentacja Odwołującego, zmierzająca do wykazania niewłaściwego sposobu oceny w ramach tego kryterium, a to poprzez wymaganie opracowania zadania testowego po otwarciu ofert, na oczach Zamawiającego, w ramach „egzaminu”, a nie dopuszczenia złożenia takiej opinii wraz z ofertą, co pozwoliłoby opracować ją w ramach pracy zespołowej, zasadza się na założeniu innych wartości, które miałyby być miarą jakości wykonania zamówienia. To założenie jednak nie znajduje uzasadnienia na gruncie analizowanego postępowania i jego przedmiotu zamówienia.

Na gruncie tego postępowania, sporne kryterium pozacenowe wyraża wartość, jaką jest staranne, poprawne opracowanie opinii prawnej [raportu z kontroli postępowania o zamówienie publiczne] osobiście przez eksperta, który ma wykonywać zamówienie. Postępowanie wykazało, że celem tego kryterium jest sprawdzenie w warunkach równorzędnych umiejętności osób, które mają wykonywać zamówienie. Kryterium to – jak podał Zamawiający - ma służyć wyborowi wykonawcy, którego wiedza i doświadczenie realnie zostanie zweryfikowane na etapie postępowania o zamówienie, da rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający podkreślił, że sporządzenie opinii prawnej stanowi weryfikację treści oferty, w szczególności z uwzględnieniem oświadczenia wykonawcy o dysponowaniu określonymi osobami i oświadczenia o gotowości do zrealizowania zamówienia zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający podał, że ponieważ wykonanie przedmiotu zamówienia zależy od wiedzy posiadanej przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, to zweryfikowanie tej wiedzy poprzez sporządzenie opinii prawnej jest działaniem racjonalnym, mającym służyć wybraniu wykonawcy posiadającego poziom wiedzy umożliwiający właściwe wykonanie zamówienia. Zamawiający podał również, że ma dla niego przesądzające znaczenie umiejętność formułowania pisemnych stanowisk i należytego ich argumentowania,

stąd wymagana próbka opinii prawnej ma walor przesądzający dla wyboru oferty wykonawcy, który da rękojmię należytego wykonania zamówienia w pełnym zakresie, w tym także w odniesieniu do reprezentacji przed sądami administracyjnymi. Na rozprawie Zamawiający podał, że reprezentacja przed sądami administracyjnymi ma marginalnie znaczenie jeśli chodzi o zakres ilościowy dotyczący tego zamówienia, na co wskazuje zresztą także zmodyfikowany w dniu 21 sierpnia 2014 r. pkt 2.1 SIWZ. Zamawiający podał, że sporządzenie opinii jest reprezentatywne dla tego postępowania - takie raporty jak będące przedmiotem opinii to 95% realizacji tego zamówienia, zatem opinia objęta kryterium pozacenowym jest też reprezentatywna dla zastępstwa przed sądami, te same kwestie pojawiają się bowiem w pismach procesowych składanych w sprawach przed sądem.

Tak określone wartości, wyrażające się w spornym kryterium pozacenowym, znajdują uzasadnienie w przedmiocie zamówienia, którego dotyczy postępowanie, co czyni postawione zarzuty, zmierzające do wykazania nieadekwatnego, tj. naruszającego art. 91 ust. 2 ustawy, sposobu oceny ofert w kryterium pozacenowym „jakość opinii prawnej” - bezpodstawnymi.

[5] Nie znalazły również potwierdzenia te zarzuty, osadzone w treści art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, które zmierzały do wykazania nieprecyzyjnego opisu sposobu oceny oferty w kryterium pozacenowym „jakość opinii prawnej”.

Podkreślenia wymaga, że kryteria oceny ofert muszą być zaprezentowane w specyfikacji w taki sposób, by wykonawca na ich podstawie był w stanie uzyskać wiedzę, jakie cechy i właściwości oferowanego przez niego przedmiotu będą uznane za pozwalające na uzyskanie wysokiej pozycji w ramach porównania ofert.

Powyższe sprowadza się do określenia, jakie cechy, właściwości, elementy ma spełniać kategoria podlegająca ocenie, w taki sposób, by wykonawca wiedział, co zostanie ocenione wyżej, a co niżej, jakie elementy są uznawane przez Zamawiającego za lepsze i wysoko oceniane, jakie zaś niżej, albo jakie dyskwalifikują ofertę oraz zadanie wskazywane dla oceny w kryterium pozacenowym.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wytyczne dotyczące kryterium oceny oferty, złożonego z dwóch elementów: ceny oraz innych kryteriów w postaci „zawartości merytorycznej” oferty na którą składają się „propozycje co do zasad i modelu organizacji systemu podatkowego” oraz „proponowany system organizacji współpracy w tym

komunikacji [...]” w postępowaniu na usługę doradztwa podatkowego, zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. w sprawie XIX Ga 468/10 [niepubl.]. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano, iż „Ustawodawca nie reguluje *expressis verbis* sposobu oceny ofert przy zastosowaniu kilku kryteriów, nie mniej jednak należy przyjąć, że w takiej sytuacji ma znaczenie kompleksowa analiza oferty pod kątem spełnienia wszystkich wyznaczonych cech jako kryteria oceny ofert. Innymi słowy, decydujące znaczenie ma sumaryczna ocena poszczególnych kryteriów oceny ofert. Z analizy tegoż przepisu [art. 91 ust. 1 i 2 – przyp. własny] nie wynika obowiązek podawania oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. Ustawodawca nie operuje zresztą pojęciem „podkryterium”. Ma on jedynie ocenić ofertę wykonawcy w ramach każdego z kryteriów i zsumować łączną ocenę. Istotne jest także to, by przy ocenie ofert nie doszło do naruszenia przepisów prawa o zamówieniach publicznych, w tym art. 7 ust. 1 p.z.p.” a także „Zamawiający zatem przyjął dwa kryteria oferty: cenę i zawartość merytoryczną. Wedle tego też podziału należało dokonać oceny ofert w postępowaniu przetargowym. Sąd Okręgowy nie zgadza się zaprezentowanym przez KIO poglądem, że Zamawiający miał obowiązek wskazania wyników głosowania poszczególnych członków komisji przetargowej w ramach tzw. „podkryterium”. Jak już to wcześniej stwierdzono ocenie podlegają poszczególne kryteria, a ich suma tych ocen składa się na ocenę całej oferty. Skoro Zamawiający wskazał dwa kryteria, toteż każde z nich podlega ocenie. Ponadto nie wymaga szerszej argumentacji, że termin „zawartość merytoryczna oferty” jest nieostry, a w związku z tym słusznie przyjęto dwie powyżej określone pozycje, które są dyrektywami wskazującymi, co będzie Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem. Inaczej rzecz ujmując, wskazano tutaj mierniki merytorycznej oceny oferty, choć oczywiście miernikom tym przypisano różne znaczenie. Ponadto Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywać czynności nie wynikających z przepisów. Takim obowiązkiem byłoby zobligowanie go do dokonania poszczególnych elementów składających się na określone kryterium.”

Na gruncie analizowanej sprawy, sporne kryterium pozacenowe „jakość opinii prawnej”, ma być badane przez Zamawiającego na podstawie opracowania sporządzonego przed Zamawiającym, które będzie podlegać ocenie przez pryzmat określonych przez Zamawiającego elementów. W pkt 12.5 SIWZ, po zmianie z 6 sierpnia 2014 r. oraz 21 sierpnia 2014 r., Zamawiający przewidział szczegółowe zasady oceny opracowania:

„Punkty za kryterium „Jakość opinii prawnej” zostaną przyznane w skali punktowej do 50 pkt., na podstawie opinii sporządzonych przez dwie osoby, o których mowa w Rozdziale 7 pkt 7.15 w uwadze pod lit. c) SIWZ. Zamawiający oceni każdą z opinii, zgodnie z określoną poniżej punktacją [lit. a-c], a następnie zsumuje liczbę punktów przyznaną obu opiniom w celu określenia ilości punktów, które otrzyma oferta Wykonawcy w kryterium „Jakość opinii prawnej”.

Zamawiający będzie oceniał następujące elementy:

a) poprawność przywołanych w opinii przepisów prawa – do 7 pkt.

Przy ocenie będą brane pod uwagę: kompletność, niezbędność i trafność przywołanych w opinii przepisów prawa, w odniesieniu do stanu faktycznego.

b) poprawność przywołanego w opinii orzecznictwa [KIO, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, sądów administracyjnych, Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, Trybunału Sprawiedliwości UE] oraz opinii Prezesa UZP – do 7 pkt.

Przy ocenie będą brane pod uwagę: wyczerpujące i trafne przywołanie w opinii ww. orzecznictwa lub opinii Prezesa UZP w odniesieniu do oceny stanu faktycznego. Przez wyczerpujące powołanie orzecznictwa bądź opinii Prezesa UZP należy rozumieć wskazanie przez osoby sporządzające opinie sytuacji, w których występują rozbieżności w orzecznictwie bądź opiniach Prezesa UZP, w odniesieniu do oceny stanu faktycznego. Przez opinie Prezesa UZP rozumie się wyłącznie informacje opublikowane na stronie internetowej www.uzp.gov.pl, np. opinie prawne i informacje pokontrolne”.

c) poprawność i jednoznaczność oceny stanu faktycznego oraz prawidłowość zastosowania Taryfikatora1 – do 11 pkt.

Przy ocenie będą brane pod uwagę: dokładność i kompleksowość oceny stanu faktycznego oraz jednoznaczność zaprezentowanych wniosków, a także prawidłowość zastosowania Taryfikatora w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Organizacja procesu sporządzania opinii.

Opinie będą sporządzane w dniu 28.08.2014 r. w siedzibie Zamawiającego w Warszawie przy ul. Wspólnej 2/4.

Osoby sporządzające opinię muszą być uprawnione do złożenia opinii w imieniu Wykonawcy – na podstawie oświadczenia złożonego w wykazie osób. W/w osoby są zobowiązane okazać Zamawiającemu jeden z następujących dokumentów: dowód osobisty, paszport,

prawo jazdy. Sprawdzanie tożsamości osób, które mają sporządzać opinie, rozpocznie się o godz. 10:30 przed salą nr 1105. Niezwłocznie po sprawdzeniu tożsamości osób Zamawiający rozda opis stanu faktycznego, na podstawie którego należy sporządzić opinię. Czas na przygotowanie opinii: 4 godziny.

Opis stanu faktycznego będzie zawierał opis postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym informacje o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w trakcie trwającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zadaniem osoby sporządzającej opinię będzie ocena zachowania zamawiającego w odniesieniu do czynności [w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego] opisanych w opisie stanu faktycznego.

Opinia powinna zawierać:

a) ocenę stanu faktycznego, a także wskazanie przepisów, które zostały naruszone, oraz dokładne opisanie w jakim zakresie stan faktyczny jest niezgodny z naruszonymi przepisami. Jeżeli stan faktyczny może być oceniony w różny sposób z uwagi na występujące rozbieżności np. w orzecznictwie bądź opiniach Prezesa Urzędu ZP, opinia powinna zawierać przedstawienie rozbieżnych poglądów wraz z jednoznacznym wskazaniem, które rozwiązanie – zdaniem sporządzającego opinię – jest właściwe. Jeżeli zatem zdaniem sporządzającego opinię czynności opisane w opisie stanu faktycznego powinny zostać ocenione jako przeprowadzone przez zamawiającego w sposób prawidłowy, ale jest również wyrażany pogląd, że taki sposób przeprowadzenia czynności stanowi naruszenie przepisów prawa, to w opinii należy zamieścić uzasadnienie, dlaczego zdaniem sporządzającego opinię naruszenie nie miało miejsca,

b) ustalenie i uzasadnienie, czy dane naruszenie stanowi naruszenie, za które należy nałożyć korektę finansową, w szczególności uzasadnienie, w jakim zakresie stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania,

c) wysokość korekty finansowej wraz z uzasadnieniem przyjętej metody [dyferencyjna / wskaźnikowa] określenia wysokości korekty finansowej. W przypadku zastosowania metody dyferencyjnej podanie sposobu jej obliczenia, a w przypadku metody wskaźnikowej podanie zastosowanego punktu odpowiedniego taryfikatora oraz uzasadnienie, czy zachodzą przesłanki do nałożenia korekty w maksymalnej wysokości lub obniżenia jej wysokości.

Przy sporządzaniu opinii należy przyjąć, że czynności nie wymienione w opisie stanu faktycznego zostały przeprowadzone prawidłowo i do tych czynności nie należy się w opinii

odnosić, np. jeżeli w opisie stanu faktycznego nie wspomniano o komisji przetargowej, to należy przyjąć, że wszystkie czynności związane z powołaniem i funkcjonowaniem komisji przetargowej zostały przeprowadzone prawidłowo.”

Każda z osób może przynieść materiały pomocnicze [np. książki, wydruki, programy komputerowe], które uzna za niezbędne do sporządzenia opinii. Dozwolone jest również korzystanie z zasobów internetowych, w tym internetowych baz danych, jednakże każda z osób powinna we własnym zakresie zapewnić sobie dostęp do internetu. Zamawiający doloży starań, aby każda z osób sporządzających opinię miała dostęp do internetu poprzez Wi-Fi, jednakże Zamawiający nie gwarantuje dostępu do internetu, zaś problemy z uzyskaniem połączenia udostępnianego przez Zamawiającego, nie będą miały wpływu na ocenę opinii.

Opinie mogą być sporządzane odręcznie lub na komputerze, który każda z osób zapewnia we własnym zakresie. Po upływie czasu przeznaczzonego na przygotowanie opinii, Zamawiający zapewni wydruk prac sporządzonych w formatach: .pdf, .rtf, .doc, docx. Jeżeli osoba planuje przygotowywać opinię w innym formacie, jest ona zobowiązana zapewnić we własnym zakresie możliwość konwersji pliku do jednego z ww. formatów. Każda z osób sporządzających opinię jest zobowiązana podpisać każdą stronę opinii niezwłocznie po jej wydrukowaniu. Ocenie będą podlegały wyłącznie podpisane opinie.

Każda z osób przygotowuje opinię samodzielnie. Zabronione jest porozumiewanie się z inną osobą, w tym także wysyłanie i odbieranie wiadomości od innej osoby, niezależnie od sposobu przesyłania BDG-V-281-49-MWr/14 tych informacji, np. SMS-y, poczta elektroniczna, komunikatory itd. Zamawiający przerwie pisanie opinii przez daną osobę, jeżeli będzie się ona porozumiewała z inną osobą. Ocenie będzie podlegała opinia sporządzona do chwili przerwania pisania.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do przerwania pisania opinii przez osobę, która będzie zakłócała ciszę i porządek na sali. Ocenie będzie podlegała opinia sporządzona do chwili przerwania pisania.

Opinie, których pisanie było kontynuowane po ogłoszeniu przez Zamawiającego upływu czasu przeznaczzonego na ich sporządzenie lub po przerwaniu pisania, otrzymają 0 punktów. Zamawiający zastrzega sobie prawo rejestrowania obrazu oraz dźwięku, w celu udokumentowania procesu sporządzania opinii.”

Ponadto, zmianą SIWZ z 21 sierpnia 2014 r. Zamawiający doprecyzował sposób przyznania punktacji w ramach spornego kryterium „Jakość opinii prawnej”, nadając pkt 12. 1

SIWZ, brzmienie: „Oferta będzie oceniana na podstawie kryterium „Jakość opinii prawnej”, jeżeli każda z opinii, o których mowa w pkt 12.5, uzyska w ramach kryterium „Jakość opinii prawnej” co najmniej 10 punktów.”.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej postanowienia SIWZ, dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający relatywnie szczegółowo opisał procedurę badania próbki, jaką ma być opracowana opinia prawna z zakresu zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz poprawności zastosowania taryfikatora. Wskazywane przez Odwołującego, jako nieprecyzyjne i niedookreślone kryteria, przez pryzmat której oceniana będzie opinia, takie jak „poprawność”, „niezbędność”, „trafność” czy „kompletność”, zestawione z przedmiotem zamówienia, nie mogą być uznane za nieodpowiednie do przedmiotu zamówienia. Trudno jest bowiem przyjąć jednolitą, opartą o skwantyfikowane kryteria z góry przyznające określoną ilość punktów, punktację do oceny jakości świadczenia niematerialnego, jakim jest sporządzenie określonej oceny prawnej. Nie jest bowiem właściwe traktowanie kategoriami matematyki oceny poprawności prawnej dokumentu. Trafnie zatem wskazał Zamawiający na rozprawie, że w sytuacji, gdy przykładowo na cztery poprawnie przywołane przepisy w ramach opinii prawnej, trzy przepisy zostaną zastosowane prawidłowo, a jeden nieprawidłowo, będzie to przedmiotem indywidualnej oceny komisji przetargowej i uznania, jaką wagę przypisuje ona temu uchybieniu. Zamawiający trafnie także podkreślał, że nie może kazuistyki, związanej ze szczegółową oceną opinii prawnej i ewentualnymi w niej błędami rozpisać, ponieważ jeśli wykonawca popełni błąd o doniosłym znaczeniu to może on determinować dalsze błędy i dyskwalifikować opinię; są natomiast błędy w postępowaniu jak np. braku ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, za które wykonawcy można przyznać mniejszą ilość punktów.

Reasumując, przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia oraz dotyczącym go kryterium, w zakresie oceny jakościowej, oczywistym i niezbędnym jest element elastycznej oceny, uwzględniającej wagę popełnionych błędów, ich dalsze skutki, wpływ na rozstrzygnięcie. Generalizacje w tej mierze albo próby kwantyfikacji sztywnymi regułami oceny, mogą okazać się zawodne. Godne uwagi wytyczne w tej mierze, zawiera przytoczone wyżej orzeczenie Sądu Okręgowego.

Należy więc uznać, że Zamawiający, który wprowadził skalę oceny – maksymalną punktację w ramach poszczególnych elementów opisanych danym kryterium, niezbędny do osiągnięcia pułap punktacji przez każdego z członków zespołu [modyfikacja SIWZ z 21

sierpnia 2014 r.] a także podał, adekwatne do przedmiotu podlegającego ocenie sfery, które będą oceniane [„poprawność”, „niezbędność”, „trafność” czy „kompletność”], a do tego wskazał co w ramach każdej z nich będzie brał pod uwagę, opisał sposób przyznawania punktów w sposób precyzyjny i stosowny do tego, co będzie przedmiotem jego oceny.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, nie znalazł potwierdzenia.

[6] Końcowo, wobec poruszenia w odwołaniu szeregu kwestii związanych z samą oceną w ramach kryterium „jakość opinii prawnej” prac sporządzonych przez każdego z ekspertów, przykładowo tego, czy prace te sprawdzą wystarczająco wykwalifikowane osoby, czy ta ocena będzie miała charakter obiektywny, dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający zawarł w SIWZ procedurę oceny zadania wykonywanego przez ekspertów, co przytoczono wyżej.

Oczywiście, można zastanawiać się nad bardziej optymalnym, eliminującym wszelkie elementy subiektywizmu sposobem ukształtowania procedury oceny prac, przykładowo, czy nie powinien brać w niej zewnętrzny ekspert, albo czy sam temat powinien być opracowany przez takiego eksperta wraz z jego modelowym rozwiązaniem [np. godnym uwagi jest by przed wykonaniem zadania istniało już zabezpieczone i zapieczętowane jego rozwiązanie zawierające wzorzec prawidłowej oceny przypadku], niemniej Odwołujący w tej mierze nie postawił żadnych postulatów ani żądań zmierzających do odpowiedniego poprawienia tej części SIWZ, określonego jej dopełnienia, doprecyzowania, innych, aniżeli wykreślenie postanowienia kształtującego kryterium jakościowe dotyczące „jakości opinii prawnej”, co jednak nie jest uzasadnione.

Reasumując, podniesione w odwołaniu zarzuty i przypisane im żądania nie znalazły potwierdzenia. Tym bardziej nie znajdowały zatem uzasadnienia zarzuty i żądania wskazujące na zaistnienie ostawy do unieważnienia postępowania, z uwagi na niemożliwość zawarcia w wyniku postępowania umowy niepodlegającej unieważnieniu. Tego ostatniego postulatu sam Odwołujący nie poparł argumentacją, zaś nie potwierdzenie się szczegółowych zarzutów co do kształtu SIWZ, także ten zarzut czyniło bezpodstawnym.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, iż nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: