

Sygn. akt: KIO 818/14

WYROK

z dnia 12 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Collect Consulting S.A. w Katowicach (40-555), ul. Rolna 14 oraz W..... Eversheds Spółkę komandytową w Warszawie (00-041), ul. Jasna 14/16A** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju w Warszawie (00-926), ul. Wspólna 2/4**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PwC Polska sp. z o.o. w Warszawie (00-638), ul. Armii Ludowej 14 oraz Hogan Lovells (Warszawa) LLP (spółka partnerska) Oddział w Polsce w Warszawie (00-695), ul. Nowogrodzka 50** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Collect Consulting S.A. w Katowicach oraz W..... Eversheds Spółkę komandytową w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Collect Consulting S.A. w Katowicach oraz W..... Eversheds Spółkę komandytową w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Collect Consulting S.A. w Katowicach oraz W..... Eversheds Spółkę komandytową w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie kompleksowego doradztwa dla strony publicznej przy przygotowaniu i realizacji pilotażowego programu partnerstwa publiczno-prywatnego z samorządowego sektora drogowego” zostało wszczęte przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 245 - 427018) w dniu 18 grudnia 2013 r.

W dniu 25 kwietnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Collect Consulting S.A. w Katowicach oraz W..... Eversheds Spółkę komandytową w Warszawie, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 7 ust. 1 p.z.p., co miało istotny wpływ na wynik postępowania, przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 12.4 i nast. (rozdział 12) SIWZ, a co za tym idzie nieuzasadnione przyznanie w ramach podkryterium „jakość opinii prawnej” 0 pkt. Swoim postępowaniem Odwołujący naruszył zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny;
- 2) art. 91 ust. 1 p.z.p., co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 12.4 i nast. (rozdział 12) SIWZ, a przez to przyznanie opinii prawnej „0” punktów, a w konsekwencji wybór oferty konkurencyjnej, która nie stanowiła oferty najkorzystniejszej.”

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w kategorii „*jakość opinii prawnej*”.

W dniu 17 lutego 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PwC Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz Hogan Lovells (Warszawa) LLP (spółka partnerska) Oddział w Polsce w Warszawie, zwani dalej łącznie Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp., a w szczególności powoływana przez Zamawiającego przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec faktu, iż Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu nie kwestionował jedynie samego faktu dokonania czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 550/14 (postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem Izby z dnia 3 kwietnia 2014 r. wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu), ale zgodnie z treścią odwołania podważał on również zasadność podjętych później przez Zamawiającego czynności (przypisanie złożonej przez niego ofercie określonej liczby punktów – jego zdaniem liczby zaniżonej, a w konsekwencji zaniechanie uznania tej oferty za najkorzystniejszą), nie sposób było uznać, iż zachodziły podstawy do odrzucenia rozpoznawanego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także, jako znaną jej z urzędu, dokumentację zawartą w aktach sprawy KIO 550/14.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z treścią pkt 7.15) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zawarli w swej ofercie m.in.: „*b) Opinię prawną*”

sporządzoną zgodnie z Załącznikiem nr 9 do SIWZ. Opinia musi zawierać: opis stanu prawnego zgodny z założeniami przedstawionymi przez zamawiającego, przepisy prawa krajowego i unijnego oraz orzecznictwa regulujące przedmiotową tematykę, rekomendację co do dalszego trybu działania wraz z uzasadnieniem. Zamawiający odrzuci ofertę, w sytuacji, gdy nie będzie zawierać w/w dokumentu, a także jeżeli złożony wraz z ofertą dokument nie będzie zawierał wszystkich w/w elementów.”

W treści załącznika nr 9 „Opinia prawna – studium przypadku” Zamawiający zawarł opis stanu faktycznego, pod którym to opisem zawarł następującą adnotację: „Treść opinii: Biorąc pod uwagę podany stan faktyczny proszę dokonać weryfikacji poprawności przyjętego przez Spółkę akcyjną modelu prawnego współpracy z partnerem prywatnym, w świetle obowiązujących przepisów prawa (krajowego i UE), orzecznictwa oraz wskazać rekomendowane, inne możliwe prawnie warianty postępowania przez Spółkę akcyjną w zakresie ukształtowania struktury projektu.”

Rozdział 12 SIWZ zawierał opis kryteriów, którymi Zamawiający miał kierować się przy wyborze oferty, podano tam również znaczenie tych kryteriów, zawarto sposób oceny ofert. Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ Zamawiający ustalił trzy kryteria oceny: cenę brutto, jakość oraz metodologię realizacji zamówienia. W pkt 12.4 SIWZ Zamawiający postanowił, że „punkty za kryterium «Jakość» zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 45 pkt, z zastosowaniem podkryteriów «Jakość opinii prawnej» oraz «Metodologia przygotowania studium wykonalności w zakresie analizy finansowej i ekonomicznej dla projektu polegającego na przebudowie i utrzymaniu określonego odcinka drogi wojewódzkiej w modelu ppp z możliwym udziałem bezzwrotnej pomocy UE». Zamawiający dokona oceny ofert w kryterium «Jakość» w kontekście zapewnienia osiągnięcia celu, jakim jest uzyskanie usług doradczych na najwyższym poziomie.” Zgodnie z pkt 12.4.1 „punkty za podkryterium «Jakość opinii prawnej» zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 23 pkt. na podstawie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale 7 pkt 7.15 lit. b) SIWZ, w następujący sposób:

- oferta, w której Wykonawca ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i ewentualnie orzecznictwa, regulujących przedmiotową tematykę, w sposób wyczerpujący przedstawił weryfikację poprawności działań obu stron oraz poprawnie i wyczerpująco wskazał i uzasadnił rekomendowany dalszy tryb postępowania dla zamawiającego otrzymuje 23 punkty;*
- oferta, w której Wykonawca ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i ewentualnie orzecznictwa, regulujących przedmiotową tematykę oraz poprawnie i wyczerpująco zarekomendował i uzasadnił dalszy tryb działania*

dla zamawiającego, ale nie przedstawił w sposób wyczerpujący weryfikacji poprawności działań obu stron otrzymuje 15 punktów;

- oferta, w której Wykonawca ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i ewentualnie orzecznictwa, regulujących przedmiotową tematykę, ale nie przedstawił w sposób prawidłowy weryfikacji poprawności działań obu stron lub nieprawidłowo zarekomendował dalszy tryb działania dla zamawiającego lub nie zarekomendował dalszego trybu działania dla zamawiającego otrzymuje 5 punktów;*
- oferta, w której Wykonawca nieprawidłowo ocenił podany stan faktyczny otrzymuje 0 punktów;*
- oceniane będzie również czy opinia została przygotowana z użyciem przejrzystego, komunikatywnego, jasnego i jednoznacznego pojęciowo języka oraz czy jej struktura ma logicznie uzasadnioną budowę. jeżeli opinia nie będzie spełniała ww. cech oceniający może obniżyć punktację w przedziale od 1 do 5 punktów”*

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, złożone odpowiednio przez Odwołującego i przez Przystępującego. Wraz z ofertą Odwołującego została złożona opinia prawna złożona w odpowiedzi na wymóg ustanowiony w pkt 7.15 lit. b) SIWZ. Dokument ten został przez Odwołującego zastrzeżony, jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – skuteczność dokonania tego zastrzeżenia nie była kwestionowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Każdą ze złożonych mu ofert Zamawiający ocenił i spośród nich wybrał ofertę najkorzystniejszą. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oraz łącznej punktacji Zamawiający zawarł w piśmie z dnia 16 kwietnia 2014 r. przesłanym wykonawcom tego samego dnia za pośrednictwem faksu.

Wobec powołanych tu czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia

w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Odwołujący twierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp polegającego na „*wyłącznie subiektywnej (zamiast obiektywnej) ocenie oferty Odwołującego poprzez nieuzasadnione przyznanie jej w ramach pod kryterium „jakość opinii prawnej” 0 pkt, bez wskazania jakichkolwiek przyczyn takiej oceny*”.

W toku postępowania odwoławczego twierdzenie o niewskazaniu przez Zamawiającego „*jakichkolwiek przyczyn takiej oceny*” nie znalazły potwierdzenia w przedstawionych Izbie dowodach.

Jak wyjaśniał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przedstawił on „*szczegółowe uzasadnienie przyznanej liczby punktów indywidualnie w odniesieniu do każdej z ofert*”. W toku rozprawy przed Izbą wyjaśnił, że wraz z pismem z 16 kwietnia 2014 r. (przywoływanym przez Odwołującego, jako te do którego odnosił się on w swym odwołaniu) przekazana została Odwołującemu również „*Informacja dla wykonawcy Ocena oferty z uzasadnieniem*” (str 604 i następnie przekazanej Izbie przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia). Zamawiający oświadczył, iż informacja taka została przekazana Odwołującemu za pośrednictwem faksu oraz listem poleconym. Na potwierdzenie czego przedstawił Izbie dowód nadania faksu (strona 626 dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego), zgodnie z którym pismo zostało przekazane na numer 032 203 20 53 25, tj. numer podany w ofercie Odwołującego jako właściwy dla pełnomocnika konsorcjum. Co istotne pełnomocnik Odwołującego stwierdził jedynie, iż nie został mu przekazany przez mocodawcę przywołany przez zamawiającego załącznik do pisma z 16 kwietnia 2014r. („*Informacja dla wykonawcy Ocena oferty z uzasadnieniem*”). Podobnie nie została mu przekazana informacja o doręczeniu odwołującemu pisma z 16 kwietnia 2014r. wraz z załącznikiem listem poleconym.

Mając powyższe na uwadze, Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego, zgodnie z którymi przekazał on Odwołującemu pismo z dnia 16 kwietnia 2014 r. wraz z powołanym załącznikiem („*Informacja dla wykonawcy Ocena oferty z uzasadnieniem*”), w szczególności wobec faktu, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów pozwalających dokonać odmiennych ustaleń.

Tak poczynione przez Izbę ustalenia zrodziły dalsze konsekwencje. Powoływana powyżej „*Informacja dla wykonawcy Ocena oferty z uzasadnieniem*” zawierała bowiem uzasadnienie dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym również w ramach podkryterium „*Jakość opinii prawnej*” (st. 2-4 „*Informacji...*”) – uzasadnienie to

opierało się na licznych odniesieniach do treści (w tym wskazanie na konkretne, zacytowane tam zapisy) przedstawionej wraz z ofertą Odwołującego opinii prawnej złożonej w odpowiedzi na wymóg ustanowiony w pkt 7.15 lit. b) SIWZ. Tym samym, to na Odwołującym, w rozpoznawanej sprawie, spoczywał ciężar dowodowy – to on był zmuszony wykazać, że przeprowadzona przez Zamawiającego ocena i przywołane przez niego dla uzasadnienia tejże oceny argumenty, nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Izby, Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony odmówił mu przypisania punktów w ramach podkryterium „*Jakość opinii prawnej*”.

Jak to zostało już przytoczone, zgodnie treścią pkt 12.4.1 tiret trzecie SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców, że oferta, w której (w opinii prawnej stanowiącej załącznik do oferty) wykonawca nieprawidłowo ocenił podany stan faktyczny, otrzyma 0 punktów. Takie też ustalenia w odniesieniu do opinii przedstawionej przez Odwołującego poczynił Zamawiający, w konsekwencji czego przypisał on ofercie złożonej przez tegoż wykonawcę w ramach podkryterium „*Jakość opinii prawnej*” 0 punktów. Uzasadniając swoją decyzję w piśmie: „*Informacja dla wykonawcy Ocena oferty z uzasadnieniem*” wskazał na szereg okoliczności przez niego ustalonych przemawiających za słusznością swego postępowania. Ustalenia te zostały następnie w większości przywołane w odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem Zamawiającego z treści opinii sformułowanej przez Odwołującego wynika, iż spółka akcyjna, o której mowa w kasusie zawartym w załączniku nr 9 do SIWZ (zwanej dalej Spółką Akcyjną), zakłada wariant realizacji przedsięwzięcia w oparciu o ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 19 poz. 100 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o ppp. Co istotne, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w sposób nieuprawniony (nie znajdujący oparcia w treści kasusu) przyjął, że omówiona w kasusie inwestycja może zostać uznana, zgodnie z treścią kasusu i bez przyjmowania żadnych dodatkowych założeń, za realizację stanowiącą wypełnienie definicji przedsięwzięcia zawartej w art. 2 pkt 4) ustawy o ppp. Tymczasem zdaniem Zamawiającego z treści kasusu nie wynikało, że „*rewitalizacja zdegradowanego fragmentu przestrzeni publicznej*” obejmowała również „*utrzymanie, czy też zarządzanie składnikiem majątkowym*”, to zaś (utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym) jest elementem koniecznym inwestycji, którą można byłoby uznać za przedsięwzięcie w rozumieniu art. 2 pkt 4) ustawy o ppp. Ponadto Zamawiający uznał, iż Odwołujący w swej opinii przyjął *a priori* określony model postępowania Spółki Akcyjnej, a cała opinia została skonstruowana tak, aby uzasadnić realizację tego właśnie modelu – wykonawca tym samym opisał tylko jeden możliwy wariant prawny bez „*pełnego, kompletnego i rzetelnego odniesienia się do informacji zawartych w opisie stanu faktycznego*”. Niejako na marginesie Zamawiający wskazał m.in. również to,

że przedstawione omówienie modeli realizacji projektów ppp miało charakter „podręcznikowy” i „nie odniesiono się do tego jak założenia (przedstawione skrótowo i syntetycznie w opinii) ww. modeli odnoszą się do założeń strony publicznej przedstawionych w opisie stanu faktycznego”.

Zdaniem Odwołującego przedstawiona przez niego opinia jest prawidłowa i zawiera wszystkie elementy. Wykazał on, jego zdaniem, iż Spółka Akcyjna jest podmiotem publicznym w przedsięwzięciu typu ppp. Podkreślał, że rewitalizacja mieści się w pojęciu przedsięwzięcia ppp, zaś opłata za dostępność stanowi wynagrodzenia partnera prywatnego w omawianej sprawie. Mając to na uwadze, Odwołujący twierdził, iż zweryfikował podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa oraz orzecznictwa, regulujących przedmiotową tematykę, wyczerpująco przedstawił weryfikację poprawności działań stron, szczegółowo przedstawiając poszczególne przesłanki warunkujące możliwość realizacji przedsięwzięcia w oparciu o ustawę o ppp, a także odpowiednio wskazał i uzasadnił dalszy tryb postępowania dla Zamawiającego.

Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uznanie. Decydującym jest to, iż nie udowodnił on w toku postępowania odwoławczego, że z treści opinii przez niego przedstawionej wraz z jego ofertą wynika, aby prawidłowo ocenił stan faktyczny. Nie przedstawił on przede wszystkim zapisów SIWZ, które pozwalałyby na jednoznaczne przyjęcie tezy, że opisana w stanie faktycznym przypadku rewitalizacja może zostać uznana za przedsięwzięcie w rozumieniu art. 2 pkt 4) ustawy o ppp. Zgodnie z powołanym przepisem, pod pojęciem przedsięwzięcia należy rozumieć: „a) budowę lub remont obiektu budowlanego, b) świadczenie usług, c) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub d) inne świadczenie – połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany”. Art. 7 ust. 1 tejże ustawy stanowi, iż „przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego”. Zestawiając te dwa przepisy uznać należy, iż partner prywatny zobowiązując się realizować przedsięwzięcie, zobowiązuje się również w jego ramach (jako jego immanentną część) utrzymywać lub zarządzać składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Tymczasem w załączniku nr 9 do SIWZ w stanie faktycznym

Zamawiający wskazał, co następuje: „Spółka akcyjna, w której 100% udziału w kapitale spółki posiada Gmina, zamierza zrealizować przedsięwzięcie inwestycyjne, którego celem jest rewitalizacja zdegradowanego fragmentu przestrzeni publicznej. Projekt zaplanowano do realizacji na nieruchomościach będących własnością tejże Spółki akcyjnej. Zdegradowanemu obszarowi ma zostać nadana nowa funkcja społeczno-gospodarcza w drodze stworzenia wielofunkcyjnej infrastruktury budowlanej wpisującej się w otoczenie przestrzeni miejskiej i ukierunkowanej na zwiększenie zakresu oferty dla mieszkańców i turystów. Jedynym celem przedsięwzięcia jest rewitalizacja zdegradowanego obszaru zgodnie z koncepcją zaakceptowaną przez podmiot publiczny, przy uwzględnieniu generowania nowych miejsc pracy w wyniku realizacji inwestycji. Od partnera prywatnego obecnie nie oczekuje się realizacji części publicznej, tj. infrastruktury służącej świadczeniu usług publicznych ani świadczenia usług publicznych na bazie powstałej infrastruktury, choć nie wyklucza się tego w przyszłości. Nie zostało to jednak w żaden sposób zdefiniowane ani zakomunikowane przez Spółkę akcyjną lub Gminę.” W szczególności z ostatnich dwóch zdań wynika, jak słusznie podnosił to Zamawiający, że bez poczynienia dodatkowych założeń, w samym kazusie nie ujętych, nie sposób uznać opisanej tam rewitalizacji za zdefiniowane w ustawie o ppp przedsięwzięcie. Zgodnie bowiem z powołanym opisem „Od partnera prywatnego obecnie nie oczekuje się realizacji części publicznej, tj. infrastruktury służącej świadczeniu usług publicznych ani świadczenia usług publicznych na bazie powstałej infrastruktury, choć nie wyklucza się tego w przyszłości. Nie zostało to jednak w żaden sposób zdefiniowane ani zakomunikowane przez Spółkę akcyjną lub Gminę”. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przywołał konkretnych zapisów przedstawionej Zamawiającemu opinii, z których wynikałoby, aby uwzględnił on w jej treści tę okoliczność. Analiza treści tejże opinii zdaje się potwierdzać słuszność spostrzeżeń poczynionych przez Zamawiającego, zgodnie z którymi Odwołujący w swej opinii przyjął *a priori* określony model postępowania Spółki Akcyjnej, a cała opinia została skonstruowana tak, aby uzasadnić realizację tego właśnie modelu. Odwołujący nie wskazał na jakiegokolwiek zastrzeżenie, iż przyjął on takie dodatkowe zastrzeżenie, jak również na opis przypadku, gdy takowe zastrzeżenia nie mogłyby zostać przyjęte. Innymi słowy brak jest pełnego odniesienia się do opisu stanu faktycznego zawartego w kazusie. Brak zatem podstaw, aby przyjąć, że twierdzenia Odwołującego o tym, iż prawidłowo ocenił on podany w kazusie stan faktyczny, uznać można było za zasadne.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie sformułowanych przez siebie zarzutów, tym samym nie podważył on w sposób skuteczny twierdzeń Zamawiającego sformułowanych w treści pisma: „*Informacja dla wykonawcy Ocena oferty z uzasadnieniem*”. Dlatego też Izba uznała, że nie zostało

w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający nie miał podstaw do przypisania ofercie złożonej przez tegoż wykonawcę w ramach podkryterium „*Jakość opinii prawnej*” 0 punktów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: