

WYROK
z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę

Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kielce z siedzibą w Kielcach**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3a oraz 4 odwołania,**
2. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania – i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia przez wykreślenie z kryterium oceny ofert, opisanego w rozdziale XXIII pkt. 2.2 ppkt 1 SWZ, słów „zasiadanie w organach nadzorczych osób prawnych lub”,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie w części $\frac{3}{4}$ oraz Gminę Kielce z siedzibą w Kielcach w części $\frac{1}{4}$ i:**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 4.2. **zasądza od Gminy Kielce z siedzibą w Kielcach na rzecz wykonawcy Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie kwotę 75 zł 00 gr (słownie: siedemdziesięciu pięciu złotych zero groszy).**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Kielce z siedzibą w Kielcach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie obsługi prawnej dla Urzędu Miasta Kielce.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 25 października 2022 r., nr 2022/BZP 00408632/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 31 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisami art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w rozdz. X pkt 1.4.2.3 SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga dysponowania co najmniej 3 osobami, z których każda jest wpisana na listę radców prawnych lub adwokatów nie krócej niż 15 lat – w sytuacji, w której:
 - a) przedmiot zamówienia oraz zakres obowiązków spoczywających na osobach skierowanych do realizacji zamówienia nie wymaga, aby koniecznym było dysponowanie aż 3 osobami o tak długim doświadczeniu zwłaszcza, że w zakresie pozostałych wymogów doświadczenia członków zespołu Zamawiający ustanawia wymagania związane z doświadczeniem na poziomie 6- oraz 12-miesięcy uznając je za dające rękojmię należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo, nabyte jedynie w okresie ostatnich 3 lat,
 - b) sam okres liczony począwszy od wpisu na listę radców prawnych/adwokatów nie jest czynnikiem dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia, w szczególności, jeśli zakres realizowanej pomocy prawnej nie był związany z obszarami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia;
- 2) naruszenie przepisu art. 239 ust. 2, art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert w rozdz. XXIII pkt 2.2 ppkt 1 SWZ w sposób uzależniający przyznanie punktów w kryterium oceny ofert w obsłudze prawnej w zakresie nadzoru właścicielskiego, przez zasiadanie w radzie nadzorczej lub zarządzie spółki kapitałowej, w zależności od okresu posiadanego doświadczenia, co nie pozwala na wybór oferty przedstawiającej

najkorzystniejszy bilans jakości do ceny, jak również nie stanowi właściwego kryterium jakościowego bowiem czynności osób pełniących funkcje organów osób prawnych nie są czynnościami odpowiadającymi świadczeniu pomocy prawnej i premiowane w ten sposób doświadczenie nie będzie przekładać się na jakość świadczenia Wykonawcy, w tym na nabycie umiejętności i kompetencji pozwalających świadczyć pomoc prawną w zakresie nadzoru właścicielskiego;

- 3) naruszenie przepisu art. 96 ust. 1 i 2 pkt 2 lit. e ustawy Pzp, art. 239 ust. 2, art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o advokaturze (Dz. U. z 2022 r. poz. 1184 z późn. zm.) przez ustanowienie kryterium w rozdz. XXIII pkt. 2.3 SWZ:
 - a) sposób uzależniający przyznanie punktów z tytułu zatrudnienia osób zaangażowanych do realizacji umowy w stosunku pracy (co najmniej jednej), co stanowi naruszenie równego traktowania wykonawców uniemożliwiające skierowania do realizacji zamówienia – celem pozyskania punktów w ramach tego kryterium – adwokatów, którzy zgodnie z ustawą korporacyjną nie mogą świadczyć pomocy prawnej na podstawie umowy o pracę,
 - b) o wadze nieproporcjonalnej względem możliwości pozyskania oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w stosunku do premiowanych aspektów społecznych
- 4) naruszenie przepisu art. 275 pkt 2 w zw. z 278 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez nieokreślenie w dokumentach zamówienia, które z kryteriów oceny ofert będą mogły podlegać negocjacjom mimo, iż powinno być to koniecznym, mając na względzie zasadę przejrzystości i równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w następujący sposób:

1) w rozdz. X pkt. 1.4.2.3 SWZ przez nadanie mu następującej treści *„co najmniej trzema osobami, z czego co najmniej jedna wpisana jest na listę radców prawnych lub adwokatów nie krócej niż 15 lat i co najmniej dwie wpisane są na listę radców prawnych lub adwokatów nie krócej niż 5 lat, pod warunkiem, że każda z tych osób, posiada doświadczenie w świadczeniu pomocy prawnej na rzecz podmiotów publicznych przez co najmniej ww. okresy liczone od wpisu na odpowiednią listę radców prawnych lub adwokatów”;*

2) w rozdz. XXIII pkt. 2.2. ppkt. 1 SWZ, przez nadanie mu następującej treści:

„1) za wskazanie osoby posiadającej doświadczenie zawodowe w zakresie nadzoru właścicielskiego, rozumiane jako obsługa prawna jednostki samorządowej w zakresie nadzoru właścicielskiego nad spółkami kapitałowymi w zależności od posiadanego doświadczenia:

- co najmniej 1 rok i nie więcej niż 2 lata - Wykonawcy zostanie przyznany 4 pkt,
- powyżej 2 lat i nie więcej niż 3 lata - Wykonawcy zostaną przyznane 10 pkt,
- powyżej 3 lat - Wykonawcy zostanie przyznane 14 pkt,”

3) w rozdz. XXIII pkt 2.3 SWZ przez:

a) nadanie mu treści:

„Kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym – część B (w pkt 3), którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ. W ramach niniejszego kryterium, Wykonawcy zostaną przyznane punkty w zależności od liczby i stopnia niepełnosprawności osoby/osób, w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zatrudnionej(ych)/zaangażowanej(ych) do realizacji zamówienia (maksymalnie za dwie osoby),

tj.:

- zatrudnienie/zaangażowanie na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności - Wykonawcy zostaną przyznane 1 pkt /za osobę,
- zatrudnienie/zaangażowanie na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - Wykonawcy zostanie przyznanych 2 pkt/za osobę,
- zatrudnienie/ zaangażowanie na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności - Wykonawcy zostanie przyznanych 3 pkt/za osobę.

Uwaga: 1. Niezłożenie przez Wykonawcę oświadczenia nie będzie stanowić podstawy odrzucenia oferty, lecz Wykonawca w tym kryterium otrzyma 0 pkt.

2. Niezłożenie przez Wykonawcę deklaracji w zakresie zatrudnienia/zaangażowania na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby ze stopniem niepełnosprawności nie będzie stanowić podstawy odrzucenia oferty, lecz Wykonawca w tym kryterium otrzyma 0 pkt.

3. W przypadku zadeklarowania zaangażowania do realizacji zamówienia 2 i więcej osób niepełnosprawnych Wykonawcy zostaną przyznane punkty maksymalnie za dwie osoby.”

- b) przy jednoczesnym obniżeniu wagi kryterium „Zaangażowanie do realizacji umowy osób ze stopniem niepełnosprawności” do 6 punktów oraz zwiększeniu wagi kryterium „Cena” do 38 punktów,
- 4) przez określenie w dokumentach zamówienia, które elementy oceniane w kryteriach oceny ofert podlegać będą ewentualnym negocjacjom oraz w jakich okolicznościach Zamawiający podejmie negocjacje z Wykonawcami.

W uzasadnieniu dotyczącym zarzutu, o którym mowa w pkt 1 petitum odwołania odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie jest świadczenie stałej, kompleksowej obsługi prawnej przez okres 12 miesięcy, na rzecz Zamawiającego – miasta Kielce. Zamawiający w ocenie Odwołującego określił wskazany w petitum warunek udziału w postępowaniu – który z uwzględnieniem wszystkich wymagań składających się na jego treść, jawi się jako nadmiarowy, nieuprawniony i skutkujący ograniczeniem konkurencyjności bez związku z przedmiotem zamówienia. Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, proporcjonalność warunku musi być rozpatrywana przez pryzmat celu w jakim warunek jest zastrzegany, a więc zapewnienia sobie przez zamawiającego wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, z tym, że warunku takie muszą być określane jako tzw. minimalne poziomy zdolności.

Odwołujący argumentował, że przedmiotowy zarzut dotyczy warunku dysponowania min. 3 radcami prawnymi lub adwokatami, z których każdy posiada minimum 15 letnie doświadczenie, liczone od dnia wpisu na listę radców prawnych lub adwokatów. Według odwołującego, taki opis warunku udziału w postępowaniu stanowi nieproporcjonalny wymóg, stanowiący nieuprawnianą przeszkodę w udziale w postępowaniu wykonawcy, zdolnemu w sposób prawidłowy i terminowy zrealizować zamówienie. Dla należytego wykonania zamówienia (na tzw. minimalnym poziomie zdolności) nie jest wymagany legitymowanie się aż 15 letnim doświadczeniem przez co najmniej 1/3 składu realizacyjnego. Potwierdzeniem tego jest okoliczność, że zamawiający wymaga skierowania do realizacji zamówienia min. 9 osób, z których każda posiada uprawnienia radcy prawnego lub adwokata i jednocześnie – w pozostałym zakresie - ustanawiając wymóg legitymowania się doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat, min. 6- lub 12-miesięcznym, w zakresie skonkretyzowanych czynności (cyt.):

1.4.2.1. co najmniej cztery osoby, z których każda posiada co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w zakresie obsługi prawnej prowadzonej w jednostkach sektora finansów publicznych, nabyte w całości w okresie ostatnich 3 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

1.4.2.2. co najmniej cztery osoby, z których każda posiada co najmniej 6-miesięczne doświadczenie w zakresie obsługi prawnej prowadzonej w jednostkach samorządu terytorialnego, nabyte w całości w okresie.

Według odwołującego, trudno więc zgodzić się, iż za minimalny poziom zdolności koniecznym jest legitymowanie się aż 15 letnim doświadczeniem przez łącznie 3 osoby, przy jednoczesnym zaakceptowaniu przez zamawiającego 6 lub 12 miesięcznego doświadczenia zawodowego dla pozostałych członków zespołu, zwłaszcza, że SWZ nie ustanawia obowiązku, aby osoby z 15 letnim doświadczeniem (wszystkie 3) pełniły funkcje koordynujące pomoc prawną. Zakresy zadań, obowiązków i odpowiedzialności osób posiadających tak 15 letnie jak i 6 miesięczne doświadczenie są tożsame.

Dodatkowo, odwołujący zwracał uwagę, że w ramach kryterium jakościowego, premiowani są wykonawcy dysponujący zespołem posiadającym doświadczenie już 10-letnie, m.in. w zakresie nadzoru właścicielskiego, w zakresie prawa pracy i ubezpieczeń społecznych w zakresie prawa komunikacyjnego, tj. krótsze aniżeli wymagane w zakresie trzech spośród dziewięciu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Sam też okres od wpisu na odpowiednią listę radców prawnych czy adwokatów nie jest żadnym wyznacznikiem doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia w świetle rękojmi należytego wykonania zamówienia oraz w świetle konieczności związania treści warunku z przedmiotem zamówienia. Tego rodzaju rękojmię dawać może skonkretyzowanie pomocy prawnej, jaka w tym czasie świadczona była przez osobę skierowaną do wykonania zamówienia i ustanowienie w tym zakresie minimalnych wymagań, a w tym przypadku na rzecz podmiotów sektora samorządowego.

W konsekwencji zatem, warunek udziału w postępowaniu dotyczący 15 letniego okresu mierzonego od wpisu na właściwą listę powinien dotyczyć jednej osoby – np. wskazanej w umowie jako koordynator pomocy prawnej, przy jednoczesnym zmniejszeniu wymaganego okresu względem pozostałych dwóch osób. Takie wymaganie adekwatnym jest bowiem do pełnionej przez tę osobę roli i pozostaje bez uszczerbku dla zdolności pozostałych, skierowanych do realizacji zamówienia osób dla należytego wykonania zamówienia.

Uczynienie tego warunku adekwatnym do przedmiotu zamówienia wymaga też związania wymaganego doświadczenia ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu, o którym mowa w pkt 2 petitum odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią SWZ, zamawiający premiuje wykonawców dysponujących osobą posiadającą doświadczenie w obsłudze prawnej w zakresie nadzoru właścicielskiego, jedynie przez zasiadanie w radzie nadzorczej lub zarządzie spółki kapitałowej, w zależności

od okresu posiadanego doświadczenia. Przedmiotowy wymóg zakłada zatem, aby dana osoba, posiadająca uprawnienia radcy prawnego lub adwokata (gdyż ten wymóg dotyczy wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia), posiadała jednocześnie doświadczenie zdobywane podczas zasiadania w radzie nadzorczej lub zarządzie spółki kapitałowej. Takie doświadczenie – mając na uwadze, iż stanowi kryterium oceny ofert – przekładać się miało w zamyśle zamawiającego na jakość świadczonej pomocy prawnej w zakresie nadzoru właścicielskiego.

W ocenie odwołującego, tego rodzaju kryterium oderwane jest do przedmiotu zamówienia, a premiowane doświadczenie w żadnym stopniu nie może przekładać się na jakość świadczonej pomocy prawnej. Zakres zadań osób zasiadających w organach osób prawnych (zarządczych lub nadzorczych) bynajmniej nie opiewa na świadczenie pomocy prawnej i samego tylko faktu pełnienia tych funkcji – nawet przez osobę będącą radcą prawnym i adwokatem (w świetle kryterium, nawet niewykonującymi zawodu) nie można równać z nabywaniem doświadczenia związanego z formalnoprawnymi aspektami wykonywania nadzoru właścicielskiego. Zdaniem odwołującego trzeba też zwrócić uwagę, że treść kryterium nie zastrzega nawet, aby spółki w których organach zasiadać ma osoba, której doświadczenie ma być premiowane, były spółkami komunalnymi. Co więcej, przedmiotem zamówienia nie jest zasiadanie w organach spółek kapitałowych.

W uzasadnieniu zarzutu, o którym mowa w pkt 3 petitum odwołujący podniósł, że zgodnie z trzecim z podnoszonych zarzutów, kryterium oceny ofert premiujące skierowanie do wykonania zamówienia osób z niepełnosprawnością, skutkuje nierównym traktowaniem tych wykonawców, którzy zamierzają do wykonania zamówienia skierować adwokatów. Zamówienie bowiem opiewa na świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych lub adwokatów, a SWZ nie zastrzega wymagań zatrudnienia dodatkowo osób pełniących funkcje niezwiązane ze świadczeniem pomocy prawnej.” Tym samym, zgodnie z SWZ, do wykonania zamówienia mogą być skierowani tylko adwokaci lub radcowie prawni tj. osoby posiadające formalny tytuł do świadczenia pomocy prawnej.

Zgodnie z treścią przedmiotowego kryterium, co najmniej jedna osoba z niepełnosprawnością skierowana do wykonania zamówienia musi zostać zatrudniona na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu. Ta forma zatrudnienia jest jednak zabroniona na gruncie przepisu art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r. poz. 1184 z późn. zm.).

Wykonawca, który zamierza skierować do wykonania zamówienia samych adwokatów, nie mógłby uzyskać maksymalnej liczby punktów z tego tylko względu, że osoby te – ustawowo – w tej formie nie mogą zostać zatrudnione. Treść więc przedmiotowego kryterium nie przystaje do przedmiotu zamówienia i obowiązujących w tym zakresie

przepisów prawa regulujących zasady wykonywania zawodu osób, które takie zamówienie mogą (wyłącznie) realizować.

Jednocześnie odwołujący wskazywał, że waga przypisana temu kryterium jest nieproporcjonalna mając na względzie możliwość uzyskania oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oferty w świetle znaczenia premiowanych aspektów społecznych. Co do zasady, skierowanie do wykonania zamówienia osób z niepełnosprawnością jest możliwym elementem do premiowania w kryteriach oceny ofert, jednak w świetle przydanej temu kryterium wagi, ma ono w zasadzie charakter dominujący i determinujący w zakresie rozstrzygnięcia postępowania w wymiarze wyższym niż proporcjonalny. Z tego też względu, zdaniem odwołującego konieczną jest jego korekta postulowana na wstępie.

W uzasadnieniu zarzutu, o którym mowa w pkt 4 petitum odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający, zgodnie z przepisem art. 275 pkt 2 ustawy PZP zastrzegł, że przewiduje możliwość przeprowadzenia negocjacji z wykonawcami w trybie podstawowym. Jak stanowi przepis art. 278 pkt 2 ustawy PZP, negocjacje dotyczyć mogą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w treści SWZ ani ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający nie określił jednak, które z kryteriów podlegać będą ewentualnym negocjacjom oraz w jakiej sytuacji do negocjacji przystąpi. Konstruowanie SWZ, jak każda czynności w postępowaniu, w tym określenie regulacji trybu w jakim udzielone będzie zamówienie, podlegać musi ocenie przez pryzmat podstawowych zasad postępowania, o których mowa w przepisie art. 16 ustawy Pzp, w tym równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Realizacją tych dwóch zasad jest bez wątpienia przekazywanie wykonawcom maksimum informacji związanych z dokonanymi lub planowanymi czynnościami w postępowaniu, tak aby postępowanie i czynności podejmowane w jego toku odpowiadały zasadom zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości. Zdaniem odwołującego tego rodzaju informacjami są z całą pewnością kryteria oceny ofert, które podlegać będą negocjacjom w trybie podstawowym czy też wprost okoliczności w jakich zamawiający zdecyduje się na podjęcie tego rodzaju negocjacji. Ten zakres informacji ułatwia wykonawcom decyzję czy w ogóle ubiegać się o udzielenie zamówienia, ale też ma wpływ na kształt składanych ofert. Wskazanie okoliczności w jakich zamawiający podejmie decyzję o fakcie prowadzenia negocjacji, a w jakich odstąpi od prowadzenia negocjacji ponad wszelką wątpliwość pozwoliłyby na ukształtowanie czynności w toku postępowania – jako w pełni odzwierciedlające zasadę przejrzystości równego traktowania wykonawców, w tym bez subiektywnego (np. w zależności od wyłaniającego się rankingu oceny ofert) preferowania konkretnego wykonawcy np. dotychczas realizującego tożsamą usługę pomocy prawnej.

Według odwołującego, w świetle powyższego, zaniechanie określenia przez zamawiającego wspomnianych, kluczowych z punktu widzenia przyszłych - ewentualnych - negocjacji informacji w treści SWZ powinno być poczytywane jako naruszenie przytoczonych zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby 15 listopada 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3a odwołania.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 15 listopada 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu 4 odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Art. 94 Pzp stanowi, że:

- 1. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności:*

- 1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426, 568 i 875) (...).*

Art. 239 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Art. 240 Pzp stanowi, że:

1. *Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.*
2. *Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.*

Art. 241 Pzp stanowi, że:

1. *Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.*
2. *Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.*

Art. 242 Pzp stanowi, że:

1. *Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:*
 - 1) *kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;*
 - 2) *ceny lub kosztu.*
2. *Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:*
 - 2) *aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 (...)*

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3a odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby 15 listopada 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem

odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4. Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 15 listopada 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia ww. zarzut odwołania. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutu, podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.* W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie omawianego zarzutu odwołania.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zasadny częściowo okazał się zarzut nr 2 odwołania.

Ustalono, że w rozdziale XXIII pkt 2.2 ppkt 1 SWZ zamawiający przewidział następujące podkryterium oceny ofert: *W ramach niniejszego kryterium, Wykonawcy zostaną łącznie przyznane od 0 pkt do 56 pkt, według następujących zasad:*

1) za wskazanie osoby posiadającej doświadczenie zawodowe w zakresie nadzoru właścicielskiego, rozumiane jako zasiadanie w radzie nadzorczej lub zarządzie spółki kapitałowej, w zależności od okresu posiadanego doświadczenia:

- co najmniej 1 rok i nie więcej niż 5 lat - Wykonawcy zostaną przyznane 4 pkt,*
- powyżej 5 lat i nie więcej niż 10 lat - Wykonawcy zostaną przyznane 8 pkt,*
- powyżej 10 lat - Wykonawcy zostanie przyznane 14 pkt, (...).*

Odwołujący w odwołaniu domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji w rozdziale XXIII pkt. 2.2. ppkt. 1 SWZ, przez nadanie mu następującej treści:

„1) za wskazanie osoby posiadającej doświadczenie zawodowe w zakresie nadzoru właścicielskiego, rozumiane jako obsługa prawna jednostki samorządowej w zakresie nadzoru właścicielskiego nad spółkami kapitałowymi w zależności od posiadanego doświadczenia:

- co najmniej 1 rok i nie więcej niż 2 lata - Wykonawcy zostanie przyznany 4 pkt,*
- powyżej 2 lat i nie więcej niż 3 lata - Wykonawcy zostaną przyznane 10 pkt,*
- powyżej 3 lat - Wykonawcy zostanie przyznane 14 pkt.”.*

Ustalono także, że 10 listopada 2022 r., po wniesieniu odwołania, przed otwarciem rozprawy, zamawiający dokonał modyfikacji rozpatrywanego postanowienia w ten sposób, że otrzymało ono brzmienie:

„1) za wskazanie osoby posiadającej doświadczenie w zakresie nadzoru właścicielskiego, rozumiane jako zasiadanie w organach nadzorczych osób prawnych lub obsługa prawna jednostki samorządowej w zakresie nadzoru właścicielskiego nad spółkami kapitałowymi, w zależności od okresu posiadanego doświadczenia:

- co najmniej 6 miesięcy i nie więcej niż 5 lat – Wykonawcy zostaną przyznane 4 pkt,*
- powyżej 5 lat i nie więcej niż 10 lat – Wykonawcy zostanie przyznanych 8 pkt,*
- powyżej 10 lat – Wykonawcy zostanie przyznanych 14 pkt.”.*

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że sporne kryterium oceny ofert jest oderwane od przedmiotu zamówienia, a premiowane doświadczenie w żadnym stopniu nie może przekładać się na jakość świadczonej pomocy prawnej. Wskazywał, że zakres zadań osób zasiadających w organach osób prawnych (zarządczych lub nadzorczych) bynajmniej nie opiewa na świadczenie pomocy prawnej i samego tylko faktu pełnienia tych funkcji – nawet przez osobę będącą radcą prawnym i adwokatem (w świetle kryterium, nawet niewykonyjącymi zawodu) nie można równać z nabywaniem doświadczenia związanego z formalnoprawnymi aspektami wykonywania nadzoru właścicielskiego.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał związku spornego kryterium w części dotyczącej doświadczenia w *„zasiadaniu w organach nadzorczych osób prawnych”* z przedmiotem zamówienia, który ma być zrealizowany w ramach tego postępowania. Przedmiotem tego zamówienia nie było bowiem zasiadanie w organach nadzorczych spółek kapitałowych czy pełnienie funkcji nadzorczych w osobach prawnych. Przedmiotem zamówienia było świadczenie pomocy prawnej, w tym również w ramach wykonywania nadzoru właścicielskiego przez zamawiającego. Przedmiotem zamówienia nie było sprawowanie nadzoru właścicielskiego, ale pomoc prawna przy sprawowaniu ww. takiego nadzoru.

O ile zatem niewątpliwy związek z przedmiotem zamówienia posiada doświadczenie personelu rozumiane jako obsługa prawna jednostki samorządowej w zakresie nadzoru właścicielskiego nad spółkami kapitałowymi, o tyle związku takiego trudno się dopatrzeć w przypadku doświadczenia rozumianego jedynie jako zasiadanie w radzie nadzorczej dowolnej spółki kapitałowej.

Przypomnienia wymagało, że polski ustawodawca wymaga, aby pozacenowe kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 Pzp), jednocześnie precyzując, co za taki związek może być uznawane (art. 241 ust. 2 Pzp). Powyższe przepisy stanowią implementację do prawa krajowego przepisu art. 67 ust. 3 dyrektywy *Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* (tzw. dyrektywy klasycznej), który stanowi, że *Uznaje się, że kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z: a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek; albo b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług; nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem.*

Z obydwu przepisów wynika, że jakościowe kryterium oceny ofert musi dotyczyć usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia. Takiego związku z realizowanymi usługami trudno jednak się dopatrzeć. Według Izby można co najwyżej utrzymywać, że członkowie rad nadzorczych spółek kapitałowych w swej pracy posiłkują się analizami i opiniami, w tym opiniami prawnymi, których sporządzanie wchodzi w zakres OPZ. Powyższe wynika z przepisów art. 219² . § 1 i art. 293 § 3. Kodeksu spółek handlowych. Pierwszy z przepisów dotyczących spółki z o.o. stanowi, że *Jeżeli umowa spółki tak stanowi, rada nadzorcza może podjąć uchwałę w sprawie zbadania na koszt spółki określonej sprawy dotyczącej działalności spółki lub jej majątku przez wybranego doradcę (doradca rady nadzorczej). Doradca rady nadzorczej może zostać wybrany również w celu przygotowania określonych analiz oraz opinii.* Zgodnie natomiast z drugim z przepisów, dotyczącym spółki akcyjnej, *członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny.* Jednakże w ramach zasiadania w tych radach ich członkowie nie świadczą pomocy prawnej na rzecz tych spółek, która jest objęta przedmiotem niniejszego zamówienia. Co najwyżej zapoznają się oni w swej pracy z cudzymi opiniami, analizami formułowanymi w ramach świadczenia pomocy prawnej przez inne osoby. Zdaniem Izby to autorzy opinii i analiz prawnych nabywają zatem doświadczenie związane ze świadczeniem pomocy prawnej odpowiadającej OPZ w tym postępowaniu, a nie członkowie rad nadzorczych.

Na marginesie należało wskazać, że odwołujący słusznie także dostrzegł, że w treści spornego kryterium oceny ofert nie zastrzeżono nawet, aby spółki, w których organach zasiadać miała osoba, której doświadczenie miało być premiowane, były spółkami komunalnymi.

W związku z powyższym stwierdzono, że sporne kryterium narusza przepisy art. 241 ust. 1 i ust. 2 Pzp. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie z kryterium oceny ofert, opisanego w rozdziale XXIII pkt. 2.2 ppkt 1 SWZ, słów „zasiadanie w organach nadzorczych osób prawnych lub”.

W dalszej kolejności izba stwierdziła, że zarzut nr 2 odwołania, w pozostałej części, okazał się chybiony.

Izba stwierdziła, że w odniesieniu do dalszej części zarzutu nr 2 i towarzyszącego mu żądania polegającego na zmianie przedziałów okresów doświadczenia, od osiągnięcia których zależeć miała punktacja w tym kryterium, odwołujący nie przedstawił w odwołaniu

jakiegokolwiek argumentacji. Nie wiadomo było zatem dlaczego odwołujący domagał się skrócenia tych okresów, w sposób proponowany w odwołaniu. Wobec powyższego zarzut w tej części podlegał oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut nr 3b odwołania.

Ustalono, że w rozdziale XXIII pkt 2.3 SWZ zamawiający sformułował następujące kryterium oceny ofert:

*2.3. Kryterium „zaangażowanie do realizacji umowy osób ze stopniem niepełnosprawności”
Kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym – część B (w pkt 3), którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ.
W ramach niniejszego kryterium, Wykonawcy zostaną przyznane punkty w zależności od liczby i stopnia niepełnosprawności osoby/osób, w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zatrudnionej(ych)/zaangażowanej(ych) do realizacji zamówienia (maksymalnie za dwie osoby), z których przynajmniej jedna zostanie zatrudniona na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu, tj.:*

- zatrudnienie/zaangażowanie na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności - Wykonawcy zostaną przyznane 2 pkt /za osobę,*
- zatrudnienie/zaangażowanie na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - Wykonawcy zostanie przyznanych 5 pkt/za osobę,*
- zatrudnienie/ zaangażowanie na podstawie innej umowy cywilnoprawnej osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności - Wykonawcy zostanie przyznanych 7 pkt/za osobę.*

Uwaga:

- 1. Niezłożenie przez Wykonawcę oświadczenia nie będzie stanowiło podstawy odrzucenia oferty, lecz Wykonawca w tym kryterium otrzyma 0 pkt.*
- 2. Niezłożenie przez Wykonawcę deklaracji w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu osoby ze stopniem niepełnosprawności nie będzie stanowiło podstawy odrzucenia oferty, lecz Wykonawca w tym kryterium otrzyma 0 pkt.*
- 3. W przypadku zadeklarowania zaangażowania do realizacji zamówienia 2 i więcej osób niepełnosprawnych, w tym co najmniej jednej osoby zatrudnionej na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, Wykonawcy zostaną przyznane punkty maksymalnie za dwie osoby.*

Maksymalnie w tym kryterium można otrzymać 14 punktów.

Ustalono także, że 10 listopada 2022 r., po wniesieniu odwołania, przed otwarciem rozprawy, zamawiający dokonał modyfikacji rozpatrywanego postanowienia w ten sposób, że otrzymało ono brzmienie:

*„2.3.Kryterium „zaangażowanie do realizacji umowy osób ze stopniem niepełnosprawności”
Kryterium dotyczy osób ze stopniem niepełnosprawności zaangażowanych do realizacji umowy, posiadających prawo wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata.*

Kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym – część B (w pkt 3), którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ.

W ramach niniejszego kryterium, Wykonawcy zostaną przyznane punkty w zależności od liczby i stopnia niepełnosprawności osoby/osób, w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zatrudnionej(ych) do realizacji zamówienia (maksymalnie za dwie osoby), tj.:

- zatrudnienie na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności – Wykonawcy zostaną przyznane 2 pkt/ za osobę;*
- zatrudnienie na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności – Wykonawcy zostanie przyznanych 5 pkt/ za osobę;*
- zatrudnienie na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności – Wykonawcy zostanie przyznanych 7 pkt/ za osobę.*

Uwaga:

- 1. Niezłożenie przez Wykonawcę oświadczenia nie będzie stanowiło podstawy odrzucenia oferty, lecz Wykonawca otrzyma w tym kryterium 0 pkt.*
- 2. Niezłożenie przez Wykonawcę deklaracji w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną osoby ze stopniem niepełnosprawności nie będzie stanowiło podstawy odrzucenia oferty, lecz Wykonawca otrzyma w tym kryterium 0 pkt.*
- 3. W przypadku zadeklarowania zatrudnienia do realizacji zamówienia 2 i więcej osób niepełnosprawnych, Wykonawcy zostaną przyznane punkty maksymalnie za dwie osoby.*

Maksymalnie w tym kryterium można otrzymać 14 punktów.”

Odwołujący w odwołaniu domagał się nakazania zamawiającemu obniżenia wagi kryterium „Zaangażowanie do realizacji umowy osób ze stopniem niepełnosprawności” z 14 do 6 punktów oraz zwiększeniu wagi kryterium „Cena” z 30 do 38 punktów,

Odwołujący w odwołaniu ograniczył się do stwierdzenia, że *waga przypisana temu kryterium jest nieproporcjonalna mając na względzie możliwość uzyskania oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oferty w świetle znaczenia premiowanych aspektów społecznych. Co do zasady, skierowanie do wykonania zamówienia osób z niepełnosprawnością jest możliwym elementem do premiowania w kryteriach oceny ofert, jednak w świetle przydanej temu kryterium wagi, ma ono w zasadzie charakter dominujący i determinujący w zakresie rozstrzygnięcia postępowania w wymiarze wyższym niż proporcjonalny. Z tego też względu, konieczną jest jego korekta postulowana na wstępie.*

Nie było sporne między stronami, że integracja zawodowa osób niepełnosprawnych co do zasady może stanowić jakościowe kryterium oceny ofert. Polski ustawodawca w przepisie art. 242 ust. 2 pkt 2 Pzp wprost przesądził, że *kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1.* Z kolei w przepisie art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp do którego odsyłał pierwszy przepis, była mowa o społecznej i zawodowej integracji osób społecznie marginalizowanych, w szczególności osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426, 568 i 875). Kierując się ww. przepisami, zamawiający w opisie kryterium odesłał do przepisów ww. ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, jakoby waga spornego kryterium oceny ofert była nieproporcjonalna do celu, jaki zamawiający zamierzał osiągnąć.

Aby wykazać, że waga spornego kryterium oceny ofert jest nieproporcjonalna do celu, jaki zamawiający zamierzał osiągnąć, odwołujący zaprezentował w trakcie rozprawy symulacje uzyskania punktów. Wyjaśnił na rozprawie, że wartość zamówienia według planu zamawiającego to około 1,9 mln zł. Powołując się na pierwszą symulację wskazywał, że przy założeniu, że jeden z wykonawców zaangażuje jedną osobę ze znacznym stopniem niepełnosprawności i uzyska 7 punktów, zaś drugi z wykonawców zaangażuje dwie takie osoby i uzyska 14 punktów, to pierwszy wykonawca, aby wygrać, musiałby zaoferować cenę o 500 000 zł niższą od drugiego wykonawcy.

W drugiej symulacji, przy założeniu, że wykonawca pierwszy nie zaangażuje żadnej osoby ze stopniem niepełnosprawności, to aby uzyskać zamówienie, musiałby zejść z ceną do poziomu 1 050 000 zł.

Trzecia symulacja przewidywała udział w postępowaniu wykonawcy, który uzyska 9 punktów, tj. za jedną osobę z lekkim stopniem niepełnosprawności i jedną osobę ze znacznym stopniem niepełnosprawności. Taki wykonawca, aby konkurować z drugim

wykonawcą, który skieruje do wykonania zamówienia dwie osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności, musiałby zejść z ceną do kwoty 1,4 mln zł.

W czwartej symulacji wskazywał na sytuację, w której bierze udział wykonawca, który uzyskał 12 punktów za skierowanie do realizacji zamówienia jednej osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności i jednej ze stopniem umiarkowanym. Aby wygrać z drugim wykonawcą musiałby zejść z ceną do poziomu 1,6 mln zł.

Zdaniem Izby symulacje przedstawione przez odwołującego nie dowodziły nieproporcjonalności analizowanego kryterium oceny ofert.

Na wstępie, należało zgodzić się z odwołującym w tym, że konstruując kryteria jakościowe zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 Pzp. Zatem waga przypisana danemu kryterium powinna być proporcjonalna do celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć przez dane kryterium. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę, że celem, jak zamawiający zamierzał osiągnąć, była integracja zawodowa osób niepełnosprawnych, a więc doniosły społecznie cel, polegający na poprawie sytuacji osób z grupy szczególnie wrażliwej na wykluczenie.

Podkreślenia wymagało również, że w każdej z przedstawionych przez siebie symulacji odwołujący odnosił się do założenia, iż jeden z wykonawców zatrudni dwie osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności. Dostrzec należało, że definicję znacznego stopnia niepełnosprawności zawiera art. 4 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Zgodnie z tym przepisem, *do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji*. Z przywołanej definicji wynikało, że zamawiający zamierzał przyznać maksymalną liczbę 7 punktów za zatrudnienie osoby znajdującej się w niezwykle ciężkiej sytuacji zdrowotnej, rozumianej wręcz jako niezdolność do samodzielnej egzystencji. Z kolei definicję niezdolności do samodzielnej egzystencji zawiera przepis art. 4 ust. 5 ustawy, precyzując, że jest to niezdolność do samoobsługi, poruszania się czy komunikacji. Zdaniem Izby gotowość do zatrudnienia takiej osoby i zapewnienia jej odpowiednich warunków do pracy w warunkach pracy chronionej albo przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej czy zatrudnienia w formie telepracy wiązała się z odpowiednimi kosztami po stronie wykonawcy. Koszty te z kolei musiały znaleźć przełożenie na większą cenę, możliwą do zaoferowania zamawiającemu w tym postępowaniu. Kosztu zatrudnienia takiej osoby nie musi natomiast ponosić wykonawca, który zamierzał wykonać zamówienie

wyłącznie przy udziale osób pełnosprawnych. Zdaniem Izby gotowość do poniesienia tych kosztów, a także społeczny zysk, jakim jest aktywizacja zawodowa tak ciężko niepełnosprawnej osoby, pozostawała adekwatna do punktacji, jaką zamawiający zamierzał przyznać w tym postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego o trudności w znalezieniu osoby niepełnosprawnej stwierdzić należało, że nawet jeśli rzeczywiście tak jest, co nie zostało wykazane, to stan ten przemawiał raczej za utrzymaniem wyższej wagi takiego kryterium, a nie za jej obniżeniem. Jeśli rzeczywiście bowiem znalezienie i zaktywizowanie zawodowe takiej osoby jest trudne, to sprostanie tym trudnościom tym bardziej zasługuje na uwzględnienie w postaci wyższej punktacji. Ponadto wzięto pod uwagę, że skoro, zdaniem samego odwołującego, już znalezienie odpowiedniej jednej osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności jest trudne, to wyjątkowo trudne byłoby znalezienie dwóch takich osób. A tylko w takiej sytuacji wykonawca uzyskałby maksymalną liczbę 14 punktów w spornym kryterium, o której mowa była w symulacjach przedstawionych przez odwołującego.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę fakt, że zamawiający oprócz analizowanego kryterium oceny ofert sformułował w postępowaniu kryterium „cena” o wadze 30% oraz przede wszystkim kryterium oceny ofert „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, o wadze 56%. Nawet zatem, jeśli odwołujący nie zatrudni osoby opisanej w kryterium „*zaangażowanie do realizacji umowy osób ze stopniem niepełnosprawności*”, to będzie miał możliwość uzyskania zamówienia. Spornemu kryterium nie przypisano bowiem charakteru przeważającego.

Zdaniem Izby nic nie stało także na przeszkodzie, aby odwołujący zatrudnił osobę z niepełnosprawnością, choćby z niższym stopniem niepełnosprawności i skierował ją do realizacji zamówienia, co przyczyniłoby się do aktywizacji zawodowej takiej osoby. Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnych dowodów, jakoby podjął starania celem zatrudnienia takiej osoby, pomimo, iż jak sam wskazywał, spotykał się już z takim kryterium oceny ofert, choćby w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Jednocześnie dostrzeżenia wymagało, że zamawiający przez modyfikację SWZ z 11 listopada 2022 r. zrezygnował z wymogu zatrudnienia takiej osoby niepełnosprawnej na podstawie umowy o pracę. W tej sytuacji, aby uzyskać punkty w spornym kryterium wystarczającym było znalezienie i zatrudnienie takiej osoby niepełnosprawnej na podstawie innej umowy cywilnoprawnej. Nie można było zatem utrzymywać, że sporne kryterium oceny ofert przekreślało możliwości konkurowania odwołującego w postępowaniu. Kryteria oceny ofert nie muszą być zaś „wygodne” dla wszystkich wykonawców.

Kierując się powyższym Izba stwierdziła, że zarzut nr 3b odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, stwierdzone naruszenia art. 241 ust. 1 Pzp, polegające na wadliwym opisie kryterium oceny ofert, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowanie, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w tej części, gdzie takie naruszenia wykazano.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SWZ, w sposób opisany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się zasadne w części 1/4 i niezasadne w części 3/4. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 3/4 i zamawiający w części 1/4. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości 3.600,00 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł. Koszty te zostały ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. Łącznie wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 14.700,00 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100 zł, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika (7.500+3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.025,00 zł (14.700 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 75 zł (11.100 zł – 11.025,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w

oparciu o przepisy §9 ust. 3 pkt 3 w zw. § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: