

WYROK

z dnia 28 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 21 i 22 listopada 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2016r. przez **odwołującego** Konsorcjum: 1) Collect Consulting S.A. ul. Rolna 14; 40-555 Katowice – Lider Konsorcjum; 2) Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C. & K. ul. Pilicka 26; 02-613 Warszawa - członek konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Skarb Państwa s.f. Ministerstwo Rozwoju Pl. Trzech Krzyży 3/5; 00-507 Warszawa

z udziałem **przystępującego** Konsorcjum: 1)D. Z. P. sp.k. ul.Rondo ONZ 1, XXI piętro; 00-124 Warszawa – Lider Konsorcjum;; 2) Mott MacDonald Polska sp. z o.o. ul. Waliców 11; 00-851 Warszawa – Członek Konsorcjum 3) Crido Taxand sp. z o.o. ul. Grzybowska 5 A, 00-132Warszawa – Członek Konsorcjum **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszych ofert oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszych ofert po uprzednim poprawieniu w ofercie odwołującego oczywistych omyłek pisarskich
 2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa s.f. Ministerstwo Rozwoju Pl. Trzech Krzyży 3/5; 00-507 Warszawa
- i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: 1) Collect Consulting S.A. ul. Rolna 14; 40-555 Katowice – Lider Konsorcjum; 2)

Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C. & K. ul. Pilicka 26; 02-613 Warszawa
tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Skarb Państwa s.f. Ministerstwo Rozwoju Pl. Trzech Krzyży 3/5; 00-507 Warszawa kwotę 19.140 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum: 1) Collect Consulting S.A. ul. Rolna 14; 40-555 Katowice – Lider Konsorcjum; 2) Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C. & K. ul. Pilicka 26; 02-613 Warszawa - członek konsorcjum stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i koszty dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Krajowa Izba Odwoławczą ustaliła

1. Przedmiot postępowania

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest zawarcie umowy ramowej, na doradztwo i warsztaty specjalistyczne w zakresie przygotowania do realizacji projektów partnerstwa publiczno – prywatnego, z trzema wybranymi w toku postępowania wykonawcami.

Nr ref. postępowania: BDG.V.2511.81.2015.AD.

Według protokołu postępowania w trybie przetargu ograniczonego, dołączonego do akt sprawy, doradztwo obejmuje wszelkiego rodzaju kwestie, związane z przygotowaniem i realizacją projektów partnerstwa publiczno-prywatnego (projekty PPP), w tym przede wszystkim wsparcie doradcze w kwestiach prawnych, finansowych, ekonomicznych i technicznych na etapie przygotowania projektów PPP, a następnie na podstawie zebranych doświadczeń przeprowadzenie warsztatów specjalistycznych. Zadaniem wykonawców będzie wstępna ocena grupy projektów, przeprowadzenie analiz przed realizacyjnymi, wsparcie w procesie wyboru partnera prywatnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 212-386276 w dniu 31 października 2015 roku.

W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się, w myśl art.22 ustawy zmieniającej ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwaną „pzp”, według stanu prawnego sprzed wejścia w życie ostatniej zmiany pzp, to jest według stanu prawnego sprzed dn. 28 lipca 2016r. Najnowsza zmiana pzp została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z dnia 13 lipca 2016 roku pod poz. 1020, w którym opublikowano ustawę z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

2. Zarzuty odwołania

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „pzp”,

odwołujący składa odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegające na ocenie oferty odwołującego w sposób niezgodny z SIWZ oraz ustawą i w konsekwencji budzące wątpliwości co do obiektywizmu i zasady proporcjonalności.

Odwołujący przywołuje posiadaną legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy.

Wskutek bowiem naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy, czynności oceny i wyboru ofert najkorzystniejszych przeprowadzone zostały nieprawidłowo, co spowodowało, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu na 5 miejsc w klasyfikacji ofert (aby oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim wystarczające byłoby uzyskanie jedynie 6,15 pkt więcej). W związku z powyższym, z odwołującym nie zostanie zawarta umowa ramowa, ponieważ tylko z trzema wykonawcami, których oferty uzyskają najwyższą punktację będzie zawarta umowa. W konsekwencji nie będzie możliwości udzielenia odwołującemu zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową.

Odwołujący uważa, że z punktu widzenia kryteriów oceny określonych w SIWZ, zamawiający nie wykazał, by zasadne było przyznanie ofercie odwołującego, w pod kryterium jakość opinii ekonomiczno-finansowej, mniejszej liczby punktów niż 25.

Odwołujący, korzystając z art. 180 ustawy, składa odwołanie i zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się w prowadzeniu czynności oceny i wyboru oferty w sposób niezapewniający proporcjonalności i przejrzystości, czym w konsekwencji doprowadził do:

a) naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, przez przeprowadzenie oceny oferty odwołującego i przyznanie liczby punktów w sposób nie wynikający bezpośrednio ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),

b) naruszenia art. 92 ust. 1 Ustawy, poprzez brak prawidłowego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej oceny oferty odwołującego w podkryterium „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej”;

2. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich.

3. Żądania odwołania

W związku z powyższym, odwołujący wnosi o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii na okoliczność, iż wskazane w szczegółowym opisie oceny oferty nr 1 uwagi odnoszące się do merytorycznej treści opinii ekonomiczno-finansowej (tj. z wyłączeniem uwag dotyczących błędów językowych zawartych na str. 6 szczegółowego opisu oceny oferty nr 1) nie są zasadne, a w konsekwencji nie stanowią podstawy obniżenia oceny jakości tej opinii;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych z dnia 28 października 2016 r.;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem zasad obliczenia punktów dla oferty odwołującego zawartych w niniejszym odwołaniu, jak i zasad wynikających bezpośrednio z SIWZ;
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
5. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako jednej z ofert najkorzystniejszych.

4. Termin na wniesienie odwołania

Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 7 listopada 2016 r., co oznacza, iż odwołujący uczynił zadość wymaganom określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy (tj. wnosi odwołanie w terminie 10 dni od dnia poinformowania wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny oferty i wyborze ofert najkorzystniejszych).

5. Wniosek o wyłączenie jawności rozprawy

Jednocześnie, działając na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy, odwołujący zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa część uzasadnienia niniejszego odwołania w zakresie punktu 3 uzasadnienia ze względu, iż zawarte w nim informacje stanowią bądź to przywołane fragmenty dołączonej do oferty opinii ekonomiczno-finansowej, bądź jej szczegółowe wyjaśnienia stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

6. Stan prawny i faktyczny odwołania.

W dniu 28 października 2016 r. zamawiający poinformował o wynikach przeprowadzonej oceny ofert i wyborze ofert najkorzystniejszych w postępowaniu na „umowę ramową na doradztwo i warsztaty specjalistyczne w zakresie przygotowania do realizacji projektów

partnerstwa publiczno - prywatnego". Zamawiający w załączeniu przedstawił odwołującemu szczegółowy opis oceny jego oferty. Odwołujący nie zgadza się z przedstawionym sposobem oceny oferty w kryterium „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej” (o.e-f). Oprócz tej opinii ocenie podlegała również opinia prawna.

Wieloetapowy i wielomiesięczny przetarg, wymagający zaangażowania wielu profesjonalistów, miał na celu wybór trzech wykonawców (doradców) spośród spełniających już wysoko postawione warunki udziału w postępowaniu, pozytywnie zakończony etap dla odwołującego. Każdy z wykonawców zaproszonych do składania ofert miał sporządzić opinię prawną oraz opinię ekonomiczno-finansową na podstawie zadań problemowych dla pod kryterium „jakość opinii prawnej” załącznik nr 4 do SIWZ i „jakość opinii ekonomiczno-finansowej” załącznik nr 5, które miały być zakończone wnioskami, podlegające ocenie zamawiającego.

W ocenie składającego odwołanie, o tym kto został zakwalifikowany do wąskiego grona doradców, zadecydowały sprawy marginalne dla przyszłego zlecenia oraz charakteru samego przetargu, O liczbie przyznanych punktów (a w zasadzie odjętych) decydowały m.in. jednostronne interpretacje pojęć ekonomicznych oraz błędne w ocenie zamawiającego sformułowania pojęć użytych w opinii. Dla odwołującego najdalej idącym przykładem naruszania zasady proporcjonalności jest odjęcie istotnych punktów za błędy interpunkcyjne lub fleksyjne w jego opinii ekonomiczno-finansowej.

Przy ocenie opinii ekonomiczno- finansowej odjęto 20 punktów na 25 możliwych do uzyskania bez wykazania istotnych zastrzeżeń co do jej meritum. Ocena opinii ekonomiczno-finansowej zdecydowała o wyeliminowaniu odwołującego się z grona przyszłych wykonawców, a przesądziło o tym 6 odjętych punktów. W niniejszej sytuacji dokonana ocena opinii doprowadziła do wyeliminowania jedyne konsorcjum firm polskich, posiadającego największe doświadczenie w realizacji projektów PPP w kraju, co zresztą zostało potwierdzone w trakcie pierwszego etapu przetargu.

Odwołujący podnosi w odwołaniu jak poniżej.

W ramach kryterium jakość opinii ekonomiczno-finansowej, zamawiający nie określił jednakże w żaden sposób jak ocenione została cała opinia. Nie wskazał również wpływu poszczególnych, rzekomych błędów na całość opinii jak i zależności pomiędzy poszczególnymi częściami przedstawionej przez odwołującego opinii ekonomiczno - finansowej. Ocena dokonana przez zamawiającego polegała de facto na wskazaniu rzekomych uchybień i przypisaniu im wartości punktowej. Pomimo dużego stopnia szczegółowości przedstawionej przez zamawiającego oceny nie sposób zweryfikować, czy w ocenie zamawiającego wymienione przez niego, rzekome uchybienia są kluczowe dla jakości dołączonej przez odwołującego do oferty opinii ekonomiczno-finansowej jako całości.

W ocenie odwołującego tak wskazane przez zamawiającego rzekome uchybienia odnoszą się jedynie do wybranych, fragmentów całego opracowania i nawet w sytuacji, gdyby w pełni się z nimi zgodzić, nie obniżają wartości merytorycznej przedstawionej opinii aż w 80%, tj. nie przyznanie 20 pkt z możliwych do uzyskania 25 pkt. Oznaczałoby to bowiem, iż opinia przedstawiona przez odwołującego praktycznie w niewielkim stopniu została wykonana prawidłowo, a co należy stanowczo podkreślić. Zamawiający w jakimkolwiek fragmencie przedstawionej oferty nie zanegował prawidłowości opinii ekonomiczno-finansowej przedstawionej przez odwołującego jako całości.

Zauważyć również trzeba, iż zamawiający nie odniósł się, ani nawet nie wskazał, które elementy przedstawionej przez odwołującego opinii są w jego ocenie prawidłowe. Należy zauważyć, iż przeprowadzona przez zamawiającego ocena została dokonana w sposób całkowicie nieprzejrzysty, tj. w szczególności na podstawie dostępnych informacji nie ma możliwości jakkolwiek zweryfikować dlaczego odwołujący otrzymał 5 na 25 możliwych punktów. Zamawiający w sposób całkowicie dowolny uznaje ile punktów należy odjąć za poszczególne, zidentyfikowane przez niego elementy, które zresztą zostały dobrane przez zamawiającego dowolnie. Przykładowo, nie można w żaden sposób nawet przypuszczać z jakiego powodu zamawiający tak samo traktuje zidentyfikowane „błędy” edytorskie i językowe, jak również rzekomą niezgodność wprowadzonych definicji z międzynarodowymi i krajowymi standardami, choć już *prima facie* (i abstrahując od istnienia wszystkich tych „błędów”) powinny być one przecież traktowane różnie.

Zamawiający nie wskazuje również jakie elementy, analizy, informacje powinny być zawarte w opinii ekonomiczno-finansowej, aby opinia taka mogła uzyskać maksymalną ilość punktów. Nie jest też wiadome, czy zamawiający w ogóle oceniał poszczególne opinie w odniesieniu do określonych, choć w żaden sposób nie ujawnionych, wymaganych obligatoryjnie elementów opinii, czy też być może oceniał oferty i zawarte w nich opinie względem siebie. Gdyby zamawiający w sposób jednoznaczny określił podczas oceny ofert, co w jego ocenie powinna zawierać przedstawiana przez wykonawców opinia ekonomiczno-finansowa, można by w sposób nie budzący żadnych wątpliwości odnieść poszczególne opinie do takiego wzorca i na tej podstawie zapewnić przejrzyste, tj. jasne i łatwe do zrozumienia zasady dokonywania oceny.

Odwołujący podnosi, że ocena jakości opinii ekonomiczno-finansowej nie została przez zamawiającego w gruncie rzeczy dokonana. Ocena taka bowiem musi określać stopień, w jakim Wykonawca spełnił oczekiwania zamawiającego co do treści opinii, a to zakłada konieczność zidentyfikowania w jakiej części opinia ta czyni zadość tym oczekiwaniom, a w jakiej części z tymi oczekiwaniemi się rozmija. Wynikająca z takiego porównania proporcja może dopiero stanowić podstawę przyznania wykonawcy określonej liczby punktów. Tymczasem zamawiający w ogóle takiego bilansu nie dokonał, tylko ograniczył się do

wylistowania uwag, którym przypisał określoną ujemną wartość punktową, według sobie znanych tylko zasad. Ponieważ brak jest całościowego odniesienia zamawiającego do przedstawionej przez wykonawcę opinii, opieranie się jedynie na uwagach i przypisanej im ujemnej wartości punktowej jest w konsekwencji całkowicie nieprzejrzyste. W konsekwencji nie dość, że taka ocena staje się całkowicie nie miarodajna, to jeszcze całkowicie nieweryfikowalna.

Odwołujący dalej wskazuje, iż w odniesieniu do kryterium jakości opinii prawnej zamawiający wprost przewidział możliwość odejmowania punktów, tj. ich obniżenia (pkt 10.4.1. tiret 6). Po drugie, w arkuszu oceny zamawiający określa, po każdej uwadze, ile punktów odjęto, by następnie w podsumowaniu wskazać ile punktów przyznano. Zatem wniosek ten nie pozostaje w związku z przeprowadzoną wcześniej analizą. W efekcie takiej analizy zamawiający mógłby jedynie stwierdzić ile sumarycznie punktów odjęto, natomiast absolutnie nie uprawnia go ta analiza do stwierdzenia ile punktów przyznano, bowiem w tym zakresie zamawiający oceny nie przeprowadził. Postanowienia SIWZ nie przewidywały bowiem, że ocena jakości opinii zostanie przeprowadzona przez przyrównanie jej do jakiegoś wzorca opinii w pełni spełniającego oczekiwania zamawiającego, a następnie odjęciu punktów w takim zakresie, w jakim opinia przedłożona przez wykonawcę będzie od tego wzorca odbiegać. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, uznać należy, iż przeprowadzona przez zamawiającego ocena została dokonana w sposób nieprawidłowy i powinna zostać unieważniona, a następnie powtórzona.

Ponadto odwołujący podnosi, że zamawiający podczas oceny ofert zastosował kryteria oceny nie wynikające z zapisów SIWZ. Jak wynika z rozdz. 10 pkt 10.4. ppkt 1.4.2. punkty za podkryterium „Jakość opinii ekonomiczno - finansowej” zostaną przyznane w skali punktowej do 25 pkt na podstawie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.15 lit. c) SIWZ (załącznik nr 5 do SIWZ). Ocenie podlegać będzie sposób prezentacji przedmiotowego materiału w zakresie:

1. właściwej oceny postępowania opisanego w zadaniu oraz czytelnego i przejrzystego przedstawienia wniosków i rekomendacji (0-12 pkt);
2. wyczerpującego opisanego poszczególnych zagadnień (0-8 pkt);
3. stosowania jasnego, spójnego pojęciowo języka (0-5 pkt);
4. jeśli wykonawca nie przedstawił rozwiązania zadania problemowego, jego oferta w niniejszym »podkryterium« otrzymuje 0 punktów;

Nie było natomiast mowy o odejmowaniu punktów w przypadku opinii ekonomiczno-finansowej. Żadne z postanowień treści SIWZ nie uprawniało zamawiającego do dokonania takiej operacji. Przeciwnie, z SIWZ wynikało, że zamawiający będzie przyznawał punkty w zależności od stopnia, w jakim opinia (i) oddaje właściwą ocenę postępowania opisanego w zadaniu oraz stanowi czytelne i przejrzyste przedstawienie wniosków i rekomendacji, (ii) zawiera

wyczerpujące opisanie poszczególnych zagadnień, (iii) stosuje jasny, spójny pojęciowo język, o czym świadczy fakt, iż przewidział gradację ocen, określając skalę punktową „od - do”. Nie mógł zatem zamawiający skupić się na wyszukiwaniu rzekomych uchybień w opinii i poprzestać na przyznaniu im określonej, ujemnej wartości punktowej, bowiem takie jednostronne, podejście do oceny opinii, bez odniesienia do całej wartości merytorycznej tejże opinii powoduje, że ocena taka staje się niemiarodajna. Nie wiadomo bowiem jaka jest istotność stwierdzonych uchybień i w konsekwencji pozwala to zamawiającemu na niczym nieograniczoną, nieprzejrzystą, uznaniowość w przyznawaniu punktów.

Taki sposób oceny, przy stwierdzeniu odpowiednio dużej liczby błędów skutkowałby „ujemnymi punktami” w kryterium jakości opinii ekonomiczno-finansowej, czego z pewnością SIWZ nie przewidywała, bowiem dolnym ograniczeniem skali punktowej było 0 punktów, w przypadku jeżeli wykonawca nie przedstawił rozwiązania zadania problemowego.

Należy również zauważyć, iż przyjęty przez zamawiającego sposób oceny można także interpretować w ten sposób, iż oferta odwołującego została oceniona na maksymalną liczbę punktów, a jedynie ze względu na liczbę rzekomych uchybień ostatecznie otrzymała w kryterium jakości opinii prawnej 29/30, a w kryterium jakości opinii ekonomiczno-finansowej 5/25 (działanie zamawiającego jest kompletnie nieprzejrzyste, w związku z tym pozwala na różne interpretacje). Jak natomiast wynika z przedstawionych odwołującemu przez zamawiającego wyników oceny jego oferty, opinia ekonomiczno-finansowa została oceniona praktycznie jako nie zawierająca zadania problemowego, bo jak można inaczej traktować przyznanie 20% możliwych do uzyskania punktów.

Przy prawidłowej ocenie wagi poszczególnych, wymienionych przez zamawiającego rzekomych uchybień oferta odwołującego powinna zostać oceniona na co najmniej 80-90% wartości z maksymalnej możliwej do uzyskania liczby punktów (między 20 a 22,5 punktów).

W tym miejscu Izba wyjaśnia, że znacząca część odwołania objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ stanowi polemikę odwołującego z oceną opinii ekonomiczno-finansowej dokonanej przez zamawiającego, które to zarówno opinia jak i ocena zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Również udzielona odpowiedź na odwołanie w znacznym stopniu jest utajniona (od 8 do 12 strony) z uwagi na to, że odnosi się do zastrzeżeń odwołującego zawartych w odwołaniu, które są utajnione z przyczyn przedstawionych powyżej.

Izba nie przedstawia powyższych argumentacji i polemik stron w części utajnionej uzasadnienia, ponieważ nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący poza zamknięciem argumentacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa złożył wniosek o powołanie biegłego uzasadniając potrzebę jego powołania wiadomościami specjalnymi co do wartości złożonej przez niego opinii ekonomiczno-finansowej.

Odwołujący podnosi, że spór dotyczy między innymi zasadności uwag zgłoszonych przez zamawiającego do opinii ekonomiczno-finansowej, która odnosi się do zakresu współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego, zaś analizy ekonomiczno-finansowej, które stanowią podstawę rekomendacji w zakresie przygotowania i nawiązania tej współpracy, należą do wąskiej, bardzo specjalistycznej dziedziny nauk ekonomicznych. W szczególności dotyczy to analiz wymaganych m.in. przez metodologię komparatora sektora publicznego. W tym sensie ustalenie stanu faktycznego w przedmiotowym zakresie, tj. ustalenie czy uwagi zgłoszone do analizy ekonomiczno-finansowej są zasadne, a w konsekwencji czy pozwalają zamawiającemu na obniżenie oceny jakości opinii, wymagają wiadomości specjalnych, a więc - jak powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie sądowym - wiadomości wykraczających poza zakres tych, jakimi dysponuje ogół osób inteligentnych i ogólnie wykształconych. Jednocześnie tak sformułowany wniosek dowodowy nie dotyczy całości zakresu rozpoznania w niniejszej sprawie, a tylko wybranych elementów stanu faktycznego, tj. zasadności zgłoszonych uwag, przy czym z wyłączeniem uwag dotyczących uchybień językowych, bowiem ocena stanu faktycznego w tym zakresie nie wymaga wiadomości specjalnych.

Podsumowując odwołujący stwierdza, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

7. Stan prawny i faktyczny odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie w dniu 21 listopada 2016 przedstawił w szczególności następującą argumentację wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odnosząc się do wniosku odwołującego w postaci przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzonych przez prezesa właściwego sądu okręgowego zamawiający wskazuje, że sformułowany przez odwołującego wniosek jest bezprzedmiotowy i w żaden sposób nie koresponduje z zarzutami odwołania wskazanymi przez odwołującego, a nadto jest nieprzydatny dla ustalenia ewentualnego wykroczenia przez Zamawiającego ponad dyspozycję przepisów art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Ustawy.

Cytat „Uzasadnienie zarówno faktyczne jak i prawne Zamawiający zawarł w odniesieniu do ofert każdego z wykonawców, w tym Odwołującego, chociaż taki obowiązek nie wynika z treści art. 92 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany był podać informację na temat punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączna punktacja, co też z nawiązką uczynił podając przy tym szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej punktacji. Tym samym wnioskowana opinia biegłego z założenia Wykonawcy ma stanowić polemikę z merytoryczną oceną opinii dokonaną przez Zamawiającego, a nie zmierzać do oceny prawidłowości przygotowania opinii w świetle wymogów określonych w SIWZ.

Kontraktowane przez Zamawiającego usługi doradcze będą przeznaczone dla podmiotów publicznych podejmujących działania w kierunku wdrożenia projektów w modelu ppp. Odbiorcami usług doradczych będą przedstawiciele tych podmiotów reprezentujący różne szczeble w organizacji (zarządcze, specjalistyczne, inne). Zwykle osoby te będzie cechował brak doświadczenia w zakresie wdrażania projektów w modelu ppp. Komunikat doradczy przeznaczony dla ww. odbiorców musi być przygotowany w sposób jednoznaczny, przejrzysty, niebudzący wątpliwości co do znaczenia pojęć, odwołań, struktury podanych informacji, czytelności elementów graficznych takich jak tabele czy wykresy i inne. Odbiorcami tego komunikatu nie będą zwykle profesjonalni specjaliści w wąskiej dziedzinie jaką jest partnerstwo publiczno - prywatne, wobec których uprawnione byłoby założenie, iż określonych treści domyśla się, skorygują na własne potrzeby, zinterpretują poprzez odwołanie do właściwych aktów prawnych czy dokumentów (choćby nie podano ich tytułów). Nie będą to z pewnością również biegli sędziwi w danej dziedzinie.”

„O podejściu Zamawiającego do przeprowadzenia oceny świadczą sformułowania opisujące poszczególne elementy, jakie zostały poddane ocenie w zakresie kryterium jakości w odniesieniu do opinii ekonomiczno - finansowej. Są to:

- właściwa ocena postępowania opisanego w zadaniu oraz czytelne i przejrzyste przedstawienie wniosków i rekomendacji,
- wyczerpujące opisanie poszczególnych zagadnień,
- stosowanie jasnego, spójnego pojęciowo języka.

W związku z powyższym Zamawiający ocenił przedstawioną ofertę w kontekście przyjętych kryteriów. Gdyby Zamawiający zamierzał położyć ciężar oceny poprzez odniesienie do wiedzy merytorycznej to przedłożyłby Wykonawcom do rozwiązania test wiedzy odnoszący się do wiedzy na poziomie akademickim w danej dziedzinie. Z punktu widzenia Zamawiającego taki typ badania ofert, w tym wiedzy merytorycznej, którą ewentualnie mogłaby potwierdzić opinia biegłego, byłby o tyle niezasadny, iż nie pozwalałby na ocenę wszystkich tych kompetencji, które są konieczne dla świadczenia usług doradczych na

wysokim poziomie, a które stanowiły punkt odniesienia w trakcie oceny wszystkich złożonych ofert.”

„Dodatkowo należy wskazać, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny, nie tylko odpowiada na potrzeby wynikające z charakteru planowanego zamówienia, ale daje również wykonawcom możliwość przedstawienia subiektywnego widzenia danego problemu przez autora (opinii) w granicach reguł rządzących daną dziedziną wiedzy (cytat s. 9 odwołania). Takie rozumienie swojego zadania przedstawił również Odwołujący i jest ono zgodne z intencją Zamawiającego. W tym miejscu jednak należy wskazać, iż subiektywizm w zakresie oceny danego przypadku nie zwalania autora opinii z wymogów jakie powinna ona spełniać mając na uwadze przedstawione wyżej elementy, do których Zamawiający zobowiązany był się odwołać (na podstawie SIWZ) podczas prowadzenia oceny opinii.

Za nietrafiony należy zatem uznać argument Odwołującego mówiący, że Zamawiający w gruncie rzeczy nie dokonał oceny przedstawionej opinii (s.9 i 10 odwołania) i nie przedstawił oceny całej opinii (s.8 odwołania). Zamawiający dokonał oceny ofert, przedstawił i uzasadnił szczegółowo swoją ocenę i dokonał tego z uwzględnieniem nie zakwestionowanych wymogów SIWZ, mając na uwadze cel jakim jest zapewnienie usług doradczych na najwyższym poziomie - do czego również obligują Zamawiającego zapisy SIWZ.

Co do zasady Zamawiający nie mógł koncentrować się tylko na ocenie wiedzy wykonawców. Założył przy tym, że poprzednie etapy postępowania zagwarantowały już udział podmiotów cechujących się bogatym doświadczeniem branżowym i ugruntowaną wiedzą specjalistyczną. Zamawiający wprowadził wymóg przedstawienia opinii ekonomiczno-finansowej, która stanowi próbkę produktu doradczego, z którego korzystać będą podmioty publiczne wspierane przez Ministerstwo. To te podmioty publiczne będą adresatami wszystkich opracowań przygotowywanych przez doradców, a trzeba pamiętać, że cechują się one zróżnicowanym poziomem wiedzy specjalistycznej i doświadczenia, szczególnie w zakresie mało jeszcze przecież rozpowszechnionego modelu partnerstwa publiczno-prywatnego. W związku z tym sposób przekazania wiedzy i ustaleń doradcy - jasny, przejrzysty, możliwie łatwo zrozumiały - ma dla właściwej realizacji celów postępowania kluczowe znaczenie i musi być przez Zamawiającego szczególnie dobrze zweryfikowany.”

„Zamawiający ocenił oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ tj. Cena i Jakość. W ramach Kryterium Jakość każda oferta została oceniona w ramach podkryterium: „Jakość opinii prawnej” oraz „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej”. Przy tym należy zaznaczyć, że zasady oceny ofert określone w SIWZ zostały zastosowane w sposób jednakowy w stosunku do wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający szczegółowo opisał w SIWZ zasady przyznawania punktów. Punkty za kryterium „Jakość” zostaną przyznane w skali punktowej do 55 punktów, na podstawie oceny opracowania, o którym mowa w pkt. 5.15 SIWZ z zastosowaniem podkryteriów „Jakość opinii

prawnej" oraz „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej”. Zamawiający dokona oceny ofert w kryterium „Jakość” w kontekście zapewnienia osiągnięcia celu, jakim jest uzyskanie usług doradczych na najwyższym poziomie.

Jednocześnie Zamawiający opisał, że punkty za podkryterium „Jakość opinii prawnej” zostaną przyznane w skali punktowej do 30 pkt. na podstawie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.15 lit. c) SIWZ (załącznik nr 4 do SIWZ), w następujący sposób:

- oferta, w której Wykonawca ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa krajowego i europejskiego, a także orzecznictwa lub komentarzy lub publikacji naukowych regulujących przedmiotową tematykę na dzień przygotowania opinii (pkt a załącznika nr 4 do SIWZ), w sposób poprawny i wyczerpujący przedstawił ocenę prawną celowości i poprawności różnych modeli realizacji projektu (pkt b załącznika nr 4 do SIWZ), wskazał uwarunkowania prawne wykonalności projektu (pkt c załącznika nr 4 do SIWZ) oraz rozwiązania dotyczące relacji pomiędzy podmiotem prywatnym a podmiotem publicznym w trakcie realizacji projektu a także obszary ryzyk prawnych jakie mogą wystąpić w tego typu projektach (pkt d załącznika nr 4 do SIWZ) - otrzymuje 30 punktów;
- oferta, w której Wykonawca ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa krajowego i europejskiego, a także orzecznictwa lub komentarzy lub publikacji naukowych regulujących przedmiotową tematykę na dzień przygotowania opinii (pkt a załącznika nr 4 do SIWZ), w sposób poprawny i wyczerpujący przedstawił ocenę prawną celowości i poprawności różnych modeli realizacji projektu (pkt b załącznika nr 4 do SIWZ), ale nie wskazał w sposób poprawny i wyczerpujący uwarunkowań prawnych wykonalności projektu (pkt c załącznika nr 4 do SIWZ) albo rozwiązań dotyczących relacji pomiędzy podmiotem prywatnym a podmiotem publicznym w trakcie realizacji projektu oraz obszarów ryzyk prawnych jakie mogą wystąpić w tego typu projektach (pkt d załącznika nr 4 do SIWZ)- otrzymuje 20 punktów;
- oferta, w której Wykonawca ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa krajowego i europejskiego, a także orzecznictwa lub komentarzy lub publikacji naukowych regulujących przedmiotową tematykę na dzień przygotowania opinii (pkt a załącznika nr 4 do SIWZ), w sposób poprawny i wyczerpujący przedstawił ocenę prawną celowości i poprawności różnych modeli realizacji projektu (pkt b załącznika nr 4 do SIWZ), ale nie wskazał w sposób poprawny i wyczerpujący ani uwarunkowań prawnych wykonalności projektu (pkt c załącznika nr 4 do SIWZ) ani rozwiązań dotyczących relacji pomiędzy podmiotem prywatnym a podmiotem publicznym w trakcie realizacji projektu oraz obszarów ryzyk prawnych jakie mogą wystąpić w tego typu projektach (pkt d załącznika nr 4 do SIWZ) - otrzymuje 7 punktów;
- oferta, w której Wykonawca nieprawidłowo ocenił podany stan faktyczny otrzymuje 0 punktów;

- oferta, w której Wykonawca nie przedstawił rozwiązania zadania problemowego, w niniejszym podkryterium 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 punktacja oferty zostanie obniżona w przedziale od 1 do 5 punktów.

Natomiast punkty za podkryterium „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej” zostaną przyznane w skali punktowej do 25 pkt na podstawie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.15 lit. c) SIWZ (załącznik nr 5 do SIWZ). Ocenie podlegać będzie sposób prezentacji przedmiotowego materiału w zakresie:

- właściwej oceny postępowania opisanego w zadaniu oraz czytelnego i przejrzystego przedstawienia wniosków i rekomendacji (0-12 pkt),
- wyczerpującego opisanie poszczególnych zagadnień (0-8 pkt),
- stosowania jasnego, spójnego pojęciowo języka (0-5 pkt).
- jeśli wykonawca nie przedstawił rozwiązania zadania problemowego, jego oferta w niniejszym pod kryterium otrzymuje 0 punktów;

Z powyższego widać, że Zamawiający zastosował inne zasady przyznawania punktów w ramach powyższych pod kryteriów. W pod kryterium „Jakość opinii prawnej” zastosował sztywną punktację polegającą na przyznaniu z góry określonej liczby punktów za zawarcie w ofercie wymaganych elementów. W związku z wprowadzeniem sztywnej punktacji Zamawiający przewidział jej obniżenie oceniając, czy opinia została przygotowana z użyciem przejrzystego, komunikatywnego, jasnego i jednoznacznego pojęciowo języka oraz czy jej struktura ma logicznie uzasadnioną budowę. W tym zakresie oferta Odwołującego została obniżona o 1 punkt (tego Odwołujący nie kwestionuje). Poza tym w niniejszym pod kryterium oferta nie budziła zastrzeżeń Zamawiającego.

W przypadku przyznawania punktów w ramach pod kryterium „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej” Zamawiający zastosował odmienną zasadę przyznawania punktów poprzez wprowadzenie przedziałów punktowych w ramach wskazanych elementów, tj. w zależności od stopnia spełnienia danego elementu Zamawiający przyznawał liczbę punktów mieszczącą się w ustalonym przedziale i wynikającą z merytorycznej wartości oferty. Należy zaznaczyć, że na taki sposób oceny żaden Wykonawca nie złożył odwołania, co należy uznać za zgodę i przyjęcie oraz zrozumienie zasad oceny określonych przez Zamawiającego.

Powyższe potwierdza, że określony i niezakwestionowany przez Wykonawców sposób przyjętej oceny jest całkowicie przejrzysty i przede wszystkim jasny.

Z zapisów SIWZ w zakresie kryteriów (Zamawiający dokona oceny ofert w kryterium „Jakość” w kontekście zapewnienia osiągnięcia celu, jakim jest uzyskanie usług doradczych

na najwyższym poziomie) jasno wynika, że celem przyjętej oceny jest wybór ofert, które prezentują wysoki poziom w kontekście postawionych wymagań. Powinien on odzwierciedlić się w jakości realizacji poszczególnych zamówień wykonawczych na doradztwo dla projektów ppp. Tworząc kryteria Zamawiający stawiał na profesjonalizm i wysokie przygotowanie merytoryczne w tworzeniu rozwiązania zadania problemowego, które było przykładem tego, co Wykonawca ma wytwarzać w ramach realizacji zamówień wykonawczych. W tym celu Zamawiający stworzył scenariusz zawierający opis stanu faktycznego, do którego Wykonawcy mieli się odnieść. Oceniając oferty Zamawiający położył nacisk nie tylko na wysoki stopień posiadanej wiedzy i umiejętność rozwiązywania zagadnień mieszczących się w ramach zadań problemowych wskazanych przez Zamawiającego, ale również na zastosowanie przejrzystego, jasnego języka, jednoznacznego pojęciowo, co również było przedmiotem oceny (zauważmy, że występowanie w opinii błędów fleksyjnych, stylistycznych, edytorskich, odesłań do niedookreślonych lub nieaktualnych aktów prawnych czy też błędnych sformułowań jak najbardziej wpływa na jasność zastosowanego języka i co więcej na profesjonalizm Wykonawcy).

Chybiony i całkowicie nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający przykładał różne wagi do ocen ofert poszczególnych wykonawców w ten sposób, że stosował nadmierny, nieuzasadniony treścią SIWZ rygorizm ocen w połączeniu z brakiem odniesienia do wszystkich aspektów ocenianej oferty, co świadczy o braku proporcjonalności i stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zastosował jednakowe zasady przyznawania punktów w stosunku do każdej oferty. Poza tym przyznawanie punktów w ramach określonych przedziałów zostało przewidziane w SIWZ (szczegółowe odniesienie się do podnoszonych zarzutów zawiera pkt II niniejszej odpowiedzi na odwołanie).

Odwołujący podnosi, że „proporcjonalność w odniesieniu do sposobu oceny ofert powinna przejawiać się w szczególności oceną stopnia ewentualnych niedoskonałości przedstawionego opracowania w stosunku do kompleksowej treści i zawartości merytorycznej przedstawionego dokumentu podlegającego ocenie”. Zamawiający dokonał oceny wskazując „niedoskonałości” otrzymanej pracy i poprzez odjęcie punktów (a co za tym idzie przyznanie mniejszej niż maksymalna ilość punktów za dany element) wskazał w jakim stopniu oferta jest „niedoskonała”. Każda „niedoskonałość” oferty wpływa na jej wartość w kontekście postawionych wymogów (niektóre pośrednio a inne bezpośrednio, ale zawsze wpływa to na jakość poddanej pod ocenę opinii) i od wagi oraz ilości tych „niedoskonałości” zależała ocena.

W treści odwołania Odwołujący próbuje udowodnić, że oferta została oceniona w sposób niezgodny z SIWZ, ponieważ Zamawiający zamiast przyznawać punkty odejmował je. W kontekście przyjętej oceny nie sposób uznać to za niezgodność z zasadami określonymi w

SIWZ. Nie jest możliwa ocena oferty na mniejszą niż maksymalna liczbę punktów bez powoływania się przy tym na niezgodności/zastrzeżenia, które warunkują taką niższą ocenę. Przy tym Odwołujący powołuje się w odwołaniu na „proporcjonalną ocenę”, „elastyczną”. Właśnie taką ocenę Zamawiający przewidział w pod kryterium „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej” i zgodnie z przyjętym sposobem zostały ocenione oferty. W tym miejscu należy dodać, że inne oferty zostały ocenione w niniejszym pod kryterium na 23 oraz 23,5 pkt (czyli również uzyskały niższą punktację proporcjonalnie do wag niezgodności/zastrzeżeń). Wobec tego ciężko zarzucić Zamawiającemu brak elastyczności i działania niezgodnego z przyjętymi zasadami, w przypadku, gdy taka zasada została przewidziana.

Idąc dalej, Zamawiający oceniając oferty zastosował tabelaryczny wzór oceny, w którym ściśle wskazał ilość przyznanych punktów oraz uzasadnienie tej oceny. Przyznanie maksymalnej liczby punktów nie wymagało szczegółowego uzasadnienia, gdyż w tym zakresie oferta była w pełni poprawna i żadne uchybienia nie wpłynęły na jej ocenę. Natomiast w przypadku przyznania mniejszej ilości punktów w ramach poszczególnych elementów oceny, Zamawiający wskazał w uzasadnieniu dlaczego oferta otrzymała daną liczbę punktów, a co za tym idzie konkretnie wskazał co wpłynęło na niższą wartość merytoryczną oferty. Elementy, za które została obniżona punktacja nie były wpisywane przypadkowo lub celowo (jak twierdzi Odwołujący) lecz były to zastrzeżenia, które wpływały na jakość ocenianej oferty w świetle kryteriów i zasad jakie określono w SIWZ

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że wskazanie uwag jest niewystarczające, by móc dokonać oceny jakości opinii oraz, że Zamawiający ocenił ofertę niezgodnie z SIWZ (gdyż zamiast przyznawać punkty odejmował je), ponieważ uwagi to nic innego jak elementy, które Zamawiający uznał za ważne w kontekście przyznania mniejszej ilości punktów. Zamawiający uznał za prawidłowe i rzetelne wpisanie ilości odjętych punktów, gdyż obrazuje to, jaką wagę dla całej opinii miał dany element. Dodatkowo do takiego działania uprawnia przyjęty sposób przyznawania punktów - tj. zastosowanie przedziałów „od” - „do”. Skoro Zamawiający przewidział ocenę zgodnie z przyjętym przedziałem punktowym, to na wartość oferty wpływają niezgodności/zastrzeżenia/błędy, które powodują obniżenie punktacji.

Gdyby Zamawiający nie wskazał ilości odjętych punktów i elementów, które przesądziły o przyznaniu mniejszej ilości punktów, mógłby się narazić na zarzut, że ocena nie jest przejrzysta. Aby uczynić zadość prawidłowej i rzetelnej ocenie Zamawiający nie tylko wskazał w uzasadnieniu oceny ile punktów przyznano ofercie, ale również poszedł dalej - wskazał szczegółowo uchybienia, które przyczyniły się do uzyskania małej liczby punktów. Biorąc pod uwagę cel, jaki ma być osiągnięty w wyniku oceny ofert, sposób przyznawania punktów oraz bazowanie na merytorycznej wartości przygotowanej przez Odwołującego opinii, taka ocena spełniła wszystkie wymogi i pozostała całkowicie zgodna z przyjętym sposobem postępowania. Marginalne znaczenie ma to, czy Zamawiający wskazał, za co

odejmuje punkty, czy gdyby napisał, że opinia uzyskała określoną mniejszą liczbę punktów, gdyż na jej wartość wpłynął dany element, ponieważ końcowa ocena pozostaje bez zmian, inny jest tylko sposób jej wyrażenia. Zamawiający rzetelnie i w dobrej wierze wskazał elementy, które wpłynęły na niższą punktację.

Zamawiający dokonując oceny zastosował takie same zasady do każdej oferty, dokonał oceny i jej uzasadnienia przy zachowaniu tych samych zasad. Jak widać dwie oferty zostały ocenione na maksymalną liczbę punktów w kryteriach jakościowych, co oznacza, że Zamawiający nie szukał na siłę i celowo uwag w kontekście przyjętego przez danego Wykonawcę, subiektywnego podejścia do danego problemu (co zostało zarzucone Zamawiającemu w treści odwołania).

Wobec powyższego Zamawiający nie zgadza się z zarzutami podnoszącymi w odwołaniu świadczącymi o nieprzejrzystym, dowolnym przyznawaniu punktów za poszczególne zidentyfikowane przez niego elementy.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nie wskazał jakie elementy powinny być zawarte w opinii ekonomiczno-finansowej, aby opinia taka mogła uzyskać maksymalną ilość punktów. Zamawiający nie wskazał obligatoryjnych elementów, jakie musi zawierać opinia, gdyż poniekąd byłoby to stworzenie już gotowej struktury (przynajmniej co do koniecznych w niej elementów) opinii, co pozostawiałoby po stronie Wykonawców pracę sprowadzającą się do wypełnienia gotowego szablonu. Takie podejście mijałoby się z celem dokonywanej oceny i podważałoby sens jakościowej oceny opinii. Każda oferta została potraktowana indywidualnie i na podstawie opracowania Zamawiający przyznał określoną liczbę punktów. Zamawiający nie odnosił się w uzasadnieniu oceny do braku elementów, które według Zamawiającego powinny się znaleźć, a jedynie ocenił sposób prezentacji zagadnień przyjęty przez wykonawców, w tym również Odwołującego. Takie podejście wynika z założenia, które zdaje się dzielić również odwołujący, iż przedstawiona opinia jest subiektywnym widzeniem danego problemu przez jej autora. Wprowadzenie obligatoryjnych wymogów opinii w zasadniczy sposób krępowałoby kreatywność wykonawców.

Co istotne, Odwołujący nie skorzystał z możliwości zaskarżenia zapisów SIWZ, a powyższy zarzut dotyczy dokładnie tej materii, więc kwestionowanie przyjętego sposobu oceny dopiero na etapie wyboru najkorzystniejszych ofert jest niezasadne i niedopuszczalne.

Reasumując kryteria oceny ofert zostały opisane w SIWZ szczegółowo i precyzyjnie, nie zostało złożone odwołanie na zapisy treści SIWZ w zakresie sposobu przyznawania punktów. Jednocześnie Zamawiający w sposób rzetelny, precyzyjny i czytelny przedstawił każdemu Wykonawcy uzasadnienie oceny zaprezentowanego przez niego sposobu rozwiązania zadania problemowego, co czyni zadość zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz wynikających z nich zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Przyjęcie innego założenia do oceny ofert spowodowałoby zachwianie rankingu wykonawców skutkujące spadkiem tego, który w prawidłowy sposób zinterpretował zasady przyznawania punktacji, w wyniku czego ocena jego oferty w kryteriach merytorycznych osiągnęła maksymalny poziom. Wykonawca, którego oferta została oceniona zgodnie z przyjętym sposobem przyznawania punktów, nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędnej interpretacji zapisów SIWZ przez Odwołującego.”

Izba przedstawiając stan faktyczny i prawny sprawy nie przedstawia argumentacji zamawiającego zawartej w pkt II odpowiedzi na odwołanie z uwagi na to, że znajdują się w niej informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa to jest indywidualna ocena elementów opinii ekonomiczno-finansowej. Izba to czyni również z uwagi na to, że przedmiotowa opinia była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa a zamawiający nie udostępnił ocen poszczególnych opinii pozostałym wykonawcom. Powyższe wynika również z okoliczności, że Izba przyjęła wniosek odwołującego o wyłączeniu jawności części rozprawy w zakresie oceny opinii ekonomiczno – finansowej odwołującego. Argumentacja zamawiającego odnosząca się do jego szczegółowej oceny opinii ekonomiczno – finansowej, zawarta w odpowiedzi na odwołanie, nie była brana pod uwagę przy rozstrzygnięciu odwołania.

Stanowisko zamawiającego co do zarzutu naruszenia obowiązku zamawiającego poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w opinii ekonomiczno – finansowej odwołującego.

Cytat „III. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, należy uznać za bezzasadny.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu jako kryteria oceny ofert wskazał „Cena” i „Jakość”. Jednym z elementów oceny jakościowej, w zakresie „Jakości opinii ekonomiczno-finansowej” jest ocena jasnego języka, spójnego pojęciowo. Celem przyjętej oceny jest uzyskanie usług doradczych na najwyższym poziomie czyli wybór ofert, które prezentują wysoki poziom merytoryczny mający dać wyraz w realizacji poszczególnych zamówień wykonawczych na doradztwo w ramach projektów ppp. Jakość złożonej opinii została przełożona na ilość uzyskanej punktacji w ramach jakościowych kryteriów.

Tworząc kryteria Zamawiający stawiał na profesjonalizm i wysokie przygotowanie merytoryczne w tworzeniu rozwiązania zadania problemowego, które było przykładem tego, co wykonawca ma wytwarzać w ramach realizacji zamówień wykonawczych. Oceniając oferty Zamawiający położył nacisk nie tylko na wysoki stopień posiadanej wiedzy i umiejętność rozwiązywania zagadnień mieszczących się w ramach zadań problemowych wskazanych przez Zamawiającego, ale również na zastosowanie jasnego języka,

jednoznacznego pojęciowo, co również było przedmiotem oceny (zauważmy, że występowanie w opinii błędów fleksyjnych, stylistycznych, edytorskich, odesłań do niedookreślonych lub nieaktualnych aktów prawnych czy też błędnych sformułowań jak najbardziej wpływa na jasność zastosowanego języka i co więcej na profesjonalizm Wykonawcy).

Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy w żaden sposób nie znajduje uzasadnienia w przypadku oceny oferty w kontekście przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie merytorycznego dzieła, które podlega ocenie zgodnie z przyjętymi kryteriami. Ten dokument pozostaje nienaruszony w jakimkolwiek stopniu przez Zamawiającego, gdyż od jego poprawności zależy ilość punktów przyznanych w ramach oceny i tym samym osiągnięcie odpowiedniej pozycji w rankingu ofert.

Niedopuszczalna byłaby sytuacja, gdyby Zamawiający poprawił np. błędy językowe czy stylistyczne lub zamienił nieaktualne przytoczone akty prawne na te, które w danym czasie obowiązują (zwrócić należy uwagę, że zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami treści SIWZ Zamawiający wskazał, że opinia musi być przygotowana wg stanu na dzień złożenia oferty) i uznał, że w zakresie poprawionym przez Zamawiającego oferta jest poprawna i przyznał za to maksymalną liczbę punktów. Klóciłoby się to z ogólną zasadą dotyczącą oceny ofert w kryteriach jakościowych przyjętych w niniejszym postępowaniu.

Zarówno w podkryterium „Jakość opinii prawnej” jak i „Jakość opinii ekonomiczno-finansowej” Zamawiający oceniał stosowanie jasnego, spójnego pojęciowo języka (przykładowo błędy językowe, złe odwołania, nieprawidłowa numeracja jak najbardziej wpływają na jasność przekazu). Złożenie oferty zawierającej tak mnogie i kardynalne błędy stylistyczne, fleksyjne, edytorskie, zawierającej błędne sformułowania nie może pozostać niezauważone w kontekście wyboru oferty o wysokiej wartości merytorycznej, zgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ.

Wyobraźmy sobie bowiem sytuację, w której Wykonawca na etapie realizacji zamówienia wykonawczego przedstawia opinię dotyczącą realizowanego doradztwa z licznymi błędami, których przykład zawarty jest powyżej. Odbiorca narażony jest na niezrozumienie dokumentu (np. w przypadku podania złych odwołań, poprzekręcanych wyrazów czy zastosowaniu błędnych pojęć). Śmiało można wysnuć wniosek, że opinia nie jest napisana jasnym językiem. W kontekście tego przykładu Zamawiający uznał za ważny element oceny stosowanego języka, aby sprawdzić dokładność Wykonawców w tym zakresie.

W tym miejscu Odwołujący nie mógłby się bronić dowodząc, że opinie byłyby przygotowywane z większą uwagą na etapie realizacji zamówienia wykonawczego (albo co gorsze, że takie omyłki można poprawić), ponieważ na etapie oceny oferty miał przedstawić próbkę merytorycznego dzieła. Termin wyznaczony na składanie ofert był wystarczająco długi. Każdy z Wykonawców miał jednakowy czas na przedstawienie rozwiązania zadania

problemowego. Skoro Zamawiający otrzymał oferty spełniające powyższe wymogi, oznacza to nic innego jak to, że jest możliwe przedstawienie prawidłowych ofert.

Wobec faktu, iż zarzuty odwołania są niezasadne w okolicznościach niniejszego postępowania, wnoszę jak w sentencji." Tak kwituje swoje stanowisko w sprawie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

II. Krajowa Izba Odwoławcza zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła, że ocena opinii ekonomiczno – finansowej w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert przedstawia się następująco:

„Jakość opinii ekonomiczno-finansowej" zostaną przyznane w skali punktowej do 25 pkt na podstawie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.15 lit. c) SIWZ (załącznik nr 5 do SIWZ). Ocenie podlegać będzie sposób prezentacji przedmiotowego zagadnienia problemowego w zakresie:

1. właściwej oceny postępowania opisanego w zadaniu oraz czytelnego i przejrzystego przedstawienia wniosków i rekomendacji (0-12 pkt),
2. wyczerpującego opisanie poszczególnych zagadnień (0-8 pkt),
3. stosowania jasnego, spójnego pojęciowo języka (0-5 pkt).
4. jeśli wykonawca nie przedstawił rozwiązania zadania problemowego, jego oferta w niniejszym pod kryterium otrzymuje 0 punktów.

Treść tych postanowień była wielokrotnie cytowana i interpretowana powyżej w prezentowanych stanowiskach stron.

Zasadniczą kwestią w sprawie jest pozostająca poza sporem okoliczność, że żaden z wykonawców nie zaskarżył tak sformułowanych kryteriów oceny oferty w zakresie opinii ekonomiczno-finansowej. Jak również nie zadawano zamawiającemu w zakresie kryterium oceny tej opinii żadnych pytań ani nie zgłaszano jakichkolwiek wątpliwości. Natomiast w postępowaniu odwoławczym zarówno zamawiający jak i w szczególności odwołujący nie kwestionowali prawidłowości tak ustalonego kryterium oceny opinii ekonomiczno-finansowej. Przy czym na podstawie bezspornie ustalonej treści tegoż kryterium odwołujący podnosił w toku postępowania odwoławczego zarzut niewłaściwej oceny jego opinii. Z kolei zamawiający wręcz przeciwnie twierdził i uzasadniał prawidłowo dokonaną ocenę opinii a w

konsekwencji właściwą ilość przyznanych punktów. Przy czym odwołujący kwestionował metodę przyznawania punktów to jest uznał za nieprawidłowe postępowanie, w którym zamawiający odejmował punkty od maksymalnej ilości możliwych do przyznania punktów w danej kategorii oceny (trzy kategorie). Bowiem odwołujący uważał, że zamawiający powinien w danej kategorii ustalić najpierw ilość przyznanych punktów, za merytoryczną zawartość opinii, uzasadniając ich ilość na możliwą ilość do przyznania. Z kolei zamawiający stwierdził, że od maksymalnej ilości punktów odejmował stosowną ich ilość na podstawie oceny opinii w poszczególnej kategorii, w zależności od wyniku oceny to jest stwierdzonych uchybień. I tak na możliwych 25 punktów za wszystkie oceniane pod kryteria (kategorie ocen) opinii, zamawiający przyznał 5 punktów, odejmując 20 punktów i uzasadniając swoje decyzje do każdej pod kategorii. Z kolei odwołujący taki uzyskany wynik oceny jego opinii podsumował stwierdzając, że ocena merytoryczna opinii jest bliska „zeru” a co równa się nie przedstawieniu opinii. Czyli równa się takiej sytuacji jakby w ogóle dokumentu opinii nie przedstawiono w ofercie. Izba odnosząc się do samej metodologii odliczania czy naliczania punktów przez zamawiającego nie widzi w tym błędu, ponieważ skoro można było w poszczególnych kategoriach przyznawać punkty od 0 do 5 ; od 0 do 8; czy też od 0 do 12 punktów to można było to czynić w sposób negatywny (przez odejmowanie) lub pozytywny (przez dodawanie punktów). Należy zwrócić uwagę, że w ramach pod kryteriów nie było ustalone ile punktów odejmuje się za uchybienie i za jaki rodzaj uchybienia. Zamawiający miał pełną swobodę w odejmowaniu punktów posługując się kryteriami w rodzaju: czytelno i przejrzystego przedstawienia wniosków i rekomendacji (0-12 pkt); wyczerpującego opisanie poszczególnych zagadnień (0-8 pkt) czy stosowania jasnego, spójnego pojęciowo języka (0-5 pkt). Przy czym w pierwszym pod kryterium zamawiający przyznawał punkty za właściwą ocenę postępowania opisanego w zadaniu czyli za wartość merytoryczną opinii. Zamawiający miał suwerenność w przyznawaniu punktów za okoliczności nie zdefiniowane w SIWZ a w znaczeniu potocznym również różnie rozumiane i interpretowane. Chodzi tu o takie pojęcia jak: „czytelne”, „przejrzyste”; „wyczerpujące”, „jasne”, „spójne”. Tak więc Izba wobec tak ustalonych kryteriów oceny oferty nie widzi podstaw do jakiegokolwiek ingerencji co do prawidłowej czy nie prawidłowej oceny oferty, ponieważ zamawiający ma pełną swobodę co do ilości punktów przyznanych, czy odjętych. Owszem odwołujący powołuje się na okoliczność, że na etapie składanych wniosków wykazał się największym doświadczeniem zawodowym spośród pięciu zaproszonych do składania ofert wykonawców. Niemniej zamawiający oceniając złożoną opinię ekonomiczno-finansową stwierdza brak profesjonalizmu i na 25 punktów przyznaje 5 punktów.

W ocenie Izby skoro odwołujący zgodził się na takie subiektywne kryteria oceny ofert to jego odwołanie jest bezprzedmiotowe, ponieważ nie ma prawa kwestionować oceny dokonanej w oparciu o tak ustalone kryteria. Również domaganie się biegłego do zbadania jego opinii jest

bezpředmiotowe, ponieważ charakter dokonywanej oceny nie ma wyłącznie charakteru merytorycznego a dotyczy w dużej mierze komunikatywności, czytelności, przejrzystości, logiczności, spójności słownictwa użytego w opinii. Owszem jest odcinek na którym zamawiający bada merytoryczną zawartość opinii to jest w kryterium pierwszym: „właściwa ocena postępowania opisanego w zadaniu oraz czytelnego i jasnego przedstawiania wniosków i rekomendacji punkty od 0 do 12 . Przy czym w ramach tego kryterium zamawiający nie opisał ile z maksymalnej ilości 12 punktów przyzna za merytorykę to jest „właściwa ocena postępowania opisanego w zadaniu” a ile za formalne ujęcie opinii to jest „czytelne i jasne przedstawienie wniosków i rekomendacji”. W takiej sytuacji opinia biegłego jest bezużyteczną, ponieważ nie byłby w stanie biegły określić ile punktów z 12 może przyznać w tym kryterium za merytorykę opinii skoro również ocenia się w tym kryterium formę. Izba podziela w pełnym zakresie stanowisko zamawiającego, że opinia biegłego jako osoby posiadającej wiadomości specjalne co do oceny tak sformułowanych kryteriów oceny opinii ekonomiczno – finansowej jest nieprzydatna.

Reasumując Izba nie widzi możliwości kwestionowania dokonanej oceny opinii ekonomiczno-finansowej wobec tak niejednoznacznych sformułowań kryteriów, których ocena może być przez różne osoby różnie dokonana. Również w związku z tym może być liczba dodanych czy odjętych punktów w zależności od osób sprawdzających różna.

Tak więc zarzut odwołania o nieprawidłowej ocenie opinii ekonomiczno-finansowej nie potwierdził się.

Natomiast co do nie dokonania poprawek omyłek w opinii ekonomiczno-finansowej o charakterze pisarskim w związku z zarzutem w odwołaniu „naruszenia art.87 ust.2 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, które zamawiający nazwał nagminnymi błędami językowymi (fleksyjne, stylistyczne i interpunkcyjne) edytorskie (pomyłone litery, pomyłone wyrazy) to Izba zarzut uwzględnia.

Zamawiający odnosząc się do tak postawionego zarzutu w odwołaniu zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i prezentując stanowisko na rozprawie stwierdził, że błędy takie nie podlegają poprawieniu. Albowiem ich wystąpienie w opinii ma wpływ na przyznanie ilości punktów w ramach kryterium jasnego, spójnego pojęciowo języka.

W ocenie Izby zarówno opinia prawna jak i opinia ekonomiczno – finansowa stanowią treść oferty i zamawiający nie może skutecznie wykluczyć stosowania przepisów bezwzględnie obowiązujących w zakresie poprawiania oferty.

W związku z tym opinie stanowiące treść oferty podlegają poprawianiu w trybie art.87 ust.2 pkt 1 pzp zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. W związku z tym stanowisko zamawiającego co do braku obowiązku poprawiania omyłek w ofercie kłóci się z treścią bezwzględnie obowiązującego art.87 ust.2 ustawy o obowiązku

poprawiania omyłek tam zdefiniowanych (pisarskich, rachunkowych i niepowodujących istotnych zmian w ofercie). Tym samym przeciwne postanowienia SIWZ w stosunku do dyspozycji art.87 ust.2 pzp jak i czynności zamawiającego sprzeczne z tym przepisem stanowią o naruszeniu przepisów ustawy prawa zamówień publicznych. Zdefiniowanie pojęcia omyłki pisarskiej na tle zamówień publicznych nastąpiło się w licznych komentarzach ustawy. I tak komentarzu Prawo Zamówień Publicznych Urząd Zamówień Publicznych 2007 pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Wydanie trzecie na stronie 299 poz.8 znajduje się definicja o treści: „Przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp. Przez omyłkę rachunkową, o której mowa, należy rozumieć omyłkę w przeprowadzeniu rachunków na liczbach przy obliczaniu ceny. Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej i omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny jest obligatoryjne („zamawiający poprawia”). Dalej Prawo zamówień publicznych Komentarze Becka Paweł Granecki Komentarz 4.wydanie Warszawa 2014 poz.8.str. 652 ”Oczywista omyłka pisarska jest widoczna prima facie, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności przypadkową niedokładność. Oczywistość takiej omyłki wyraża się również w tym, że jej usunięcie jest możliwe bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów, gdyż istnieje jeden sposób jej poprawienia”. Również G.Wicik / P. Wiśniewski prawo zamówień publicznych Komentarz Suplement aktualizacyjny Warszawa 2007 str. 431 pkt 4. Oczywista omyłka pisarska ma miejsce wtedy, gdy określony błąd pisarski nasuwa się czytelnikowi sam przez się, a ściślej – gdy wynika z samej treści oferty, bez konieczności analizy kontekstu w tym bez porównania treści oferty, z treścią innych dokumentów. „Oczywistość” omyłki polega bowiem na tym, że określona niedokładność nasuwa się sama przez się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń, jako przypadkowe przeoczenie, właściwy sens oświadczenia (dokumentu) pozostaje jednak nadal uchwytne. Oczywiste omyłki to w szczególności błędy pisarskie, logiczne, rachunkowe lub inne niedokładności przypadkowe, np. co do dat, nazwiska itp. Do oczywistych omyłek pisarskich będą należały tzw. literówki, opuszczenia pojedynczych wyrazów, jeżeli te ostatnie nie miały kluczowego znaczenia dla zrozumienia treści dokumentu itp.”

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art.87 ust.2 ustawy zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględni odwołanie, ponieważ naruszenie art.87 ust.2 pkt 1 pzp może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00zł i zwrot kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 540,00złoty według załączonej faktury VAT i biletu kolejowego.

Przewodniczący: