

**Sygn. akt: KIO 252/12**

**WYROK**  
**z dnia 21 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14 lutego 2012 r. oraz 20 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelarię Radców Prawnych Korczyński & Grochalski Spółka Partnerska w Mysłowicach oraz Kancelarię Radcy Prawnego Iwona Ładowska - Gałka w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zabrze w Zabrzu

przy udziale wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego prof. dr. hab. Bogdan Dolnicki w Bielsku - Białej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelarię Radców Prawnych Korczyński & Grochalski Spółka Partnerska w Mysłowicach oraz Kancelarię Radcy Prawnego Iwona Ładowska – Gałka w Sosnowcu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelarię Radców Prawnych Korczyński & Grochalski Spółka Partnerska w Mysłowicach oraz Kancelarię Radcy Prawnego Iwona Ładowska - Gałka w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelarię Radców Prawnych Korczyński & Grochalski Spółka Partnerska w Mysłowicach oraz Kancelarię Radcy Prawnego Iwona Ładowska - Gałka w Sosnowcu na rzecz Zamawiającego Miasta Zabrze kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi niepriorytetowe - „*Kompleksowa obsługa prawna Miasta Zabrze*”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wynosi 4 000 000 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2011/S 250-40853.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2012 r., za pomocą faksu powiadomił Odwołującego o wyniku postępowania oraz przyznanej łącznej punktacji. W dniu 6 lutego 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Korczyński & Grochalski Spółka Partnerska w Mysłowicach oraz Kancelaria Radcy Prawnego Iwona Ładowska - Gałka w Sosnowcu zakwestionował czynność oceny oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Kancelarii Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdana Dolnickiego jako rzekomo najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie wyjaśnienia uzasadnionych wątpliwości treści oferty Kancelarii Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdana Dolnickiego w zakresie usług przedstawionych do oceny w ramach kryterium *Doświadczenie i kompetencje*. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż usługi podlegające ocenie w ramach kryterium *Doświadczenie i kompetencje* nie zostały przez Wykonawcę potwierdzone, podczas gdy przedłożone przez Wykonawcę listy referencyjne potwierdzały prawidłowe wykonanie kompleksowo świadczonej obsługi prawnej wymienionych w nich podmiotów, a zatem również i usług objętych przedmiotem oceny - co zresztą zostało uszczegółowione stosowną adnotacją Wykonawcy w ofercie. Błąd uczyniony przez Zamawiającego w zakresie oceny tego kryterium względem oferty Wykonawcy skutkowało nieprawidłową oceną punktową obu złożonych w tym postępowaniu ofert. Tym samym wybór oferty najkorzystniejszej również został dokonany błędnie;

- 2) zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy w osobie Kancelarii Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdana Dolnickiego i uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych), z uwagi na posługiwanie się przez tego wykonawcę osobą uczestniczącą w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący – w oparciu o tak wyartykułowane zarzuty - wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wy bom oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem żądań wskazanych w niniejszym odwołaniu przez odwołującego się Wykonawcę;
- 3) dokonania ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie pn. „Kompleksowa obsługa prawna Miasta Zabrze”;

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący argumentuje, iż zgodnie z treścią zawiadomienia, w wyniku oceny obu złożonych w postępowaniu ofert oferta wygrywająca otrzymała aż 92,46 pkt natomiast oferta Odwołującego - zaledwie 65,73 pkt. Przyczyną tak niskiej oceny oferty Wykonawcy była - po pierwsze sama konstrukcja specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oceny doświadczenia, zaś po drugie uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący w ramach kryterium *Doświadczenie i kompetencje*, nie potwierdził wykonania szeregu usług podlegających ocenie, co - w ocenie Zamawiającego uniemożliwiało przyznanie Wykonawcy punktów w tym kryterium. Automatycznie - niska ocena punktowa w tym kryterium przyznana ofercie Wykonawcy skutkowałą zawyżeniem oceny oferty konkurencyjnej, zgodnie ze wzorem zastosowanym przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż takie postępowanie Zamawiającego było kontrowersyjne nawet dla niego samego: z protokołu komisji przetargowej wynika, że trzech członków komisji, bez żadnego uzasadnienia merytorycznego, po prostu przegłosowało przewodniczącego komisji (piąty członek komisji był wówczas nieobecny), który wskazywał tym trzem, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest w dyskutowanym podówczas zakresie jednoznaczne - referencje potwierdzać mają jedynie należyte wykonanie usługi na rzecz konkretnego zamawiającego; nie musi z nich wynikać to jakie konkretne czynności na rzecz tego zamawiającego w ramach świadczonej usługi były wykonywane. Taki wynik głosowania, zdaniem Odwołującego, całkowicie wypaczył wynik postępowania. Odwołujący złożył ofertę, w której podał wszystkie dane objęte załącznikiem nr 3 (wykaz wykonanych/wykonywanych zamówień oraz wykaz zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej) oraz załączył listy referencyjne potwierdzające prawidłowe wykonanie świadczonych przez niego usług. Wypełnił zatem wymagania określone w pkt 5.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i warunek Zamawiającego wskazany w pkt

10.6.2.B (oznaczony zgodnie ze „Spisem zawartości oferty” jako „Dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”). Wykaz zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej objęty załącznikiem nr 3 miał podlegać ocenie na podstawie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług - czyli np. listów referencyjnych. Odwołujący podkreślił, iż w wyniku dokonanej przez trzech merytorycznych członków Komisji przetargowej Zamawiającego oceny ofert w kryterium *Doświadczenie i kompetencje* ofercie Odwołującego przyznana została następująca punktacja:

a) wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania przedmiotu zamówienia polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, usług polegających na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno-ściekowej – 3 pkt;

b) wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie reprezentacji jednostek samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa w postępowaniu sądowym lub arbitrażowym o wartości sporu co najmniej 30.000.000 złotych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert – 0 pkt;

c) wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegająca na reprezentacji gminy w co najmniej 200 postępowaniach sądowych przed sądami powszechnymi rocznie, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - 6.35 pkt;

d) wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na reprezentacji jednostki samorządu terytorialnego w co najmniej 3 postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - 0 pkt;

e) wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na doradztwie gminie w co najmniej 3 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. którego wartość wynosiła co najmniej 3.000.000 złotych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - 1.92 pkt;

f) wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na doradztwie gminie w przygotowaniu i realizacji co najmniej 1 zadania inwestycyjnego, którego wartość wynosiła co najmniej 30.000.000 euro w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - 6 pkt.

Łącznie w tym kryterium ocena punktowa Wykonawcy wyniosła 17,27 punktów na maksymalnie 40 punktów możliwych do zdobycia. Niska ocena punktowa wynikała ze przyjęcia przez Zamawiającego stanowiska, iż Wykonawca rzekomo nie potwierdził załączonymi dokumentami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazu zrealizowanych usług.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 5.2.2.) wykonawca był zobligowany do przedstawienia w formie załączników dokumentów potwierdzających, że usługi wymienione w załączniku nr 3 zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący podkreślił, iż możliwość żądania przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów dotyczy wyłącznie takich, które zostały objęte *Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający może zatem żądać jedynie takich dokumentów które zostały wymienione w w/w rozporządzeniu. Dopuszczając możliwość dokumentowania prawidłowego wykonania określonych usług (np. w formie referencji - jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu) ustawodawca nie przewidział szczegółowych treści takich dokumentów uznając jedynie, iż wynikać z nich winno wyłącznie należyte wykonanie określonej usługi. Tym samym zamawiający nie jest uprawniony do uszczegóławiania wymagań stawianych referencjom przedkładanym przez wykonawcę. Argumentacja powyższa zgodna jest z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 26 kwietnia 2011 r. sygn. KIO 744/11 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: *„referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Podkreślić również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikały z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji”*. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 19 kwietnia 2011 r. sygn. KIO 700/11: *„Celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji”*, czy w wyroku z dnia 7 września 2009 r. sygn. KIO/UZP 1092/09: *„Dokument referencji nie służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. ale potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia”*. Tym samym nie można oczekiwać, aby treść referencji przywoływała określone dane, albowiem jej jedynym zadaniem jest potwierdzenie prawidłowego wykonania usług wymienionych przez wykonawcę w stosownym wykazie.

Odwołujący argumentuje, że przyjęcie w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego warunku, iż przedłożone przez wykonawców referencje mają potwierdzać należyte wykonanie określonych usług przyjętych do oceny merytorycznej (punktowej) nie zmienia w żaden sposób charakteru tego dokumentu - a co za tym idzie wymogów mu stawianym.

Tymczasem Zamawiający stwierdził - w oparciu o treść przedstawionych dokumentów, że Wykonawca nie spełnił warunku umożliwiającego dokonanie oceny merytorycznej jego oferty w zakresie przyznania punktacji. Nie uwzględnił przy tym Zamawiający (de facto owych trzech członków komisji przetargowej) tego, iż zadaniem referencji jest jedynie udokumentowanie należytego wykonania określonych zadań. Uszło też, zdaniem Odwołującego, uwadze Zamawiającego (a de facio trzem członkom komisji) to, że Odwołujący zaznaczył w ofercie, że wskazane przez niego usługi (podlegające punktacji) były realizowane w ramach stałej, kompleksowej obsługi wskazanych w ofercie jednostek samorządu terytorialnego. Oświadczenia tego Zamawiający nie kwestionował (wskazuje na to zapis protokołu komisji przetargowej), a mimo to odmówił uwzględnienia wskazanych przez odwołującego się Wykonawcę usług podlegających punktacji. Tymczasem przedłożone referencje potwierdzały należyte wykonanie kompleksowej usługi jaką jest obsługa prawna określonego podmiotu, zaś z oferty Wykonawcy wynikało, że podlegające ocenie Zamawiającego usługi były realizowane w ramach kompleksowej obsługi prawnej wskazanych jednostek samorządu terytorialnego. Wiadomym powszechnie jest, iż zakresem tak szeroko ujętej obsługi prawnej jest również m.in. zastępstwo procesowe, zastępstwo przed organami administracji czy nadzór prawny nad inwestycjami prowadzonymi przez dany podmiot, co zgodne jest ze znaczeniem pojęcia „kompleksowy” jako „obejmujący całość elementów lub zagadnień, a nie tylko ich fragment” (za słownikiem języka polskiego PWN). Chcąc pozostać w zgodzie z obowiązującym prawem nie sposób było zatem uznać, aby przedłożone przez odwołującego się Wykonawcę referencje nie potwierdzały wymienionych przez niego w wykazie poszczególnych usług. Odwołujący podkreślił, iż powyższą argumentację potwierdziła na etapie oceny ofert przewodnicząca komisji przetargowej. Podniósł także Odwołujący niekonsekwencję trzech członków komisji przetargowej, którzy nie uwzględnili zrealizowanej przez odwołującego się Wykonawcę i potwierdzonej wprost przedłożonymi referencjami usługi świadczonej na rzecz Gminy Mysłowice w zakresie usług polegających na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno-ściekowej. Wykonawca wykazał tu dwie usługi: jedną świadczoną na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza (tę uznano) oraz świadczoną na rzecz Gminy Mysłowice (tej nie wiedzieć czemu nie uznano); obie te usługi były natomiast wprost opisane w przedłożonych referencjach jako wykonane należycie. Bazując na powyższych ustaleniach Odwołujący wskazał, że obaj wykonawcy wykazali następujące usługi podlegające punktacji w zakresie kryterium *Wiedza i kompetencje*:

|                       |   |   |
|-----------------------|---|---|
| Nazwa i rodzaj usługi | Konsorcjum: Kancelaria Radców Prawnych Korczyński & Grochalski sp.p. Kancelaria Radcy Prawnego Iwona Ładowska - | Kancelaria Radcy prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki |
|-----------------------|---|---|

|   | Gałka |   |
|---|-------|---|
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania przedmiotu zamówienia polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, usług polegających na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno- ściekowej | 2     | 2 |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie reprezentacji jednostek samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa w postępowaniu sądowym lub arbitrażowym o wartości sporu co najmniej 30.000.000 złotych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert  | 2     | 1 |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegająca na reprezentacji gminy w co najmniej 200 postępowaniach sądowych przed sądami powszechnymi rocznie, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu   | 6     | 3 |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na reprezentacji jednostki samorządu terytorialnego w co najmniej 3 postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w okresie ostatnich 3 lat przed                                     | 5     | 7 |



|  |           |           |
|--|-----------|-----------|
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na doradztwie gminie w co najmniej 3 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość wynosiła co najmniej 3.000.000 złotych w okresie ostatnich 3 lat przed | <b>20</b> | <b>26</b> |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na doradztwie gminie w przygotowaniu i realizacji co najmniej 1 zadania inwestycyjnego, którego wartość wynosiła co najmniej 30.000.000 euro w okresie ostatnich 3 lat przed                        | <b>2</b>  | <b>1</b>  |

Odwołujący podał, iż z uwagi na sposób obliczania punktów w analizowanym kryterium na podstawie określonego przez Zamawiającego wzoru matematycznego, punktacja w jednej ofercie mogła mieć (i w tym przypadku miała) wpływ na ocenę punktową drugiej oferty. Wykonawca który wykazywał większą ilość punktowanych usług otrzymywał maksymalną ilość punktów; drugi wykonawca otrzymywał odpowiednio (wedle wzorów opracowanych przez Zamawiającego) mniejszą ilość punktów. Prawidłowy sposób obliczenia punktacji obrazuje – zdaniem Odwołującego, tabela:

|  |  |  |
|--|--|--|
| Nazwa i rodzaj usługi<br>Maksymalna ilość punktów w tym kryterium  | Konsorcjum:<br>Kancelaria Radców Prawnych<br>Korczyński & Grochalski sp.p.<br>Kancelaria Radcy Prawnego<br>Iwona<br>Ładowska - Gałka | Kancelaria Radcy<br>Prawnego Prof. drhab.<br>Bogdan Dolnicki |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania przedmiotu zamówienia polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, usług polegających na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno-ściekowej 6 punktów | wykazana ilość usług: 2  | wykazana ilość usług: 2                                      |
|  | ilość punktów: 6   | ilość punktów: 6   |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie reprezentacji jednostek samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa w postępowaniu sadowym lub  | wykazana ilość usług: 2  | wykazana ilość usług: 1                                      |

|   |                          |                          |
|---|--------------------------|--------------------------|
|   | ilość punktów: 8         | ilość punktów: 4         |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegająca na reprezentacji gminy w co najmniej 200 postępowaniach sądowych przed sądami powszechnymi rocznie, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert 8 punktów   | wykazana ilość usług: 0  | wykazana ilość usług: 3  |
|   | ilość punktów: 8         | ilość punktów: 4         |
| wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na reprezentacji jednostki samorządu terytorialnego w co najmniej 3 postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert 6 punktów | wykazana ilość usług: 5  | wykazana ilość usług: 7  |
|   | ilość punktów: 4,28      | ilość punktów: 6         |
|   | wykazana ilość usług: 20 | wykazana ilość usług: 26 |
|   | ilość punktów: 4,61      | ilość punktów: 6         |
|   | wykazana ilość usług: 2  | wykazana ilość usług: 1  |
|   | ilość punktów: 6         | ilość punktów: 3         |
|   | Łącznie punktów: 37,89   | Łącznie punktów: 29      |

Przy uwzględnieniu argumentacji Odwołującego, oraz punktacji wynikającej z pozostałych dwóch kryteriów, oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, iż trzech członków komisji przetargowej najpewniej nawet nie analizowało wykazu usług przedłożonego przez drugiego wykonawcę. Zamawiający domagał się wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia polegającym na doradztwie gminie w co najmniej 3 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość wynosiła co najmniej 3.000.000 złotych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający w sposób jasny określił, że interesują go tylko postępowania o udzielenie zamówień publicznych związane z robotami budowlanymi. Z wykazu przedstawionego przez Kancelarię Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki (notabene sporządzonego na formularzu niezgodnym z oczekiwaniami zamawiającego - miast to przedstawiono wydruk

rejestrów umów - najpewniej z systemów komputerowych Urzędu Miejskiego w Zabrzu; ten sam dokument „podpięto” pod referencje) wynika, że kontrahentem Gminy Zabrze w zakresie robót budowlanych było m.in. SovereignFund TFI S.A. Tymczasem ten kontrahent nie mógł być wykonawcą żadnych robót budowlanych albowiem jak wynika z jego strony internetowej: *„jest pierwszą w Polsce instytucją finansową, której działalność koncentruje się na inwestycjach prowadzonych przez jednostki samorządu terytorialnego i podległe im podmioty. Jednym z głównych zadań SovereignFund TFI S.A. jest dostarczenie jednostkom samorządu terytorialnego takich źródeł finansowania, które umożliwią im zwiększenie nakładów inwestycyjnych bez konieczności zwiększania stanu zadłużenia”*. Odwołujący nie ma podstaw do twierdzenia, że Kancelaria Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki nie obsługiwała pod względem prawnym procedury zawarcia przez Gminę Zabrze umowy z SovereignFund TFI S.A., jednakże umowa ta żadną miarą nie mogła dotyczyć wykonywanych przez tegoż kontrahenta robót budowlanych; mogła co najwyżej dotyczyć finansowania robót budowlanych, ale nie ich samych. Tymczasem Zamawiający domagał się wykazania usług polegających na doradztwie gminie w co najmniej 3 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Ten aspekt sprawy został przez Zamawiającego całkowicie pominięty, choć winien był tu Zamawiający zaważać Kancelarię Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnickiego do złożenia stosownych wyjaśnień. Wyjaśnień wymagało także to dlaczego jako kontrahentów Gminy Zabrze (w domyśle wykonawców robót budowlanych) wskazano: Zabytkową Kopalnię Węgla Kamiennego GUIDO w Zabrzu (pozycja 14 i 18) będącą instytucją kultury. Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego (pozycja 17), Urząd Miejski w Gliwicach (pozycja 20 wykazu) czy też SP ZOZ Szpital Rejonowy w Zabrzu (pozycja 26). Charakterystyczną jest tu to, że w tym samym wykazie, w tej samej tabeli (kontrahent) wpisano firmy (nazwy) przedsiębiorców stricte budowlanych. Przyjmując, że przynajmniej część z wykazanych przez Kancelarię Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki usług nie mogła być uwzględniona w ocenie (jako niespełniająca postawionego przez Zamawiającego kryterium) uznać trzeba, że mogło to mieć wpływ na ostateczną wartość punktową w tym kryterium, przy czym ów wpływ mógł nastąpić tylko w jednym kierunku - korzystnym dla Odwołującego.

Odwołujący podniósł zarzut dotyczący wykonywania przez osobę z ramienia kancelarii Przystępującego usługi na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wskazał osobę, która jako radca prawny parafowała wzór umowy stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wykonała zatem czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; nie złożyła przy tym stosownego oświadczenia w zakresie podlegania wykluczeniu z postępowania. Osoba ta nie mogła zatem - w ocenie Odwołującego - być osobą, którą Kancelaria Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki wskazała jako

osobę, która będzie wykonywać zamówienie. Co więcej - osoba ta nie mogła być uwzględniona przy ocenie ofert w zakresie kryterium „zasoby”. Wedle wiedzy Odwołującego osoba ta w dacie parafowania załącznika specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonywała z ramienia Kancelarii Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki czynności z zakresu powierzonych tejże Kancelarii obsługi prawnej Urzędu Miejskiego w Zabrze. Oznaczałoby to, że wykonawca w osobie Kancelarii Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki poprzez wskazaną osobę wykonał czynność związaną z przygotowaniem prowadzonego postępowania (tu: zaopiniowanie pod względem prawnym umowy na obsługę prawną będącą przedmiotem zamówienia) oraz posłużył się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności (wykazano w ofercie tę osobę). Odwołujący podkreślił, że celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyeliminowanie z postępowania takich wykonawców, którzy nabyli w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która stawia ich w lepszej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2011 r. sygn. KIO 530/11). Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisami wzorca umowy, realizacja przedmiotu zamówienia winna być przez wykonawcę realizowana przy uwzględnieniu warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiących załącznik do niniejszej umowy (§ 1 ust. 3 pkt b wzorca umowy). Zapis ten sugeruje, iż akceptacja wzoru umowy wymuszała zapoznanie się opiniującego z postanowieniami specyfikacji postępowania, a zatem również w zakresie m.in. warunków udziału w postępowaniu czy sposobu oceny złożonych ofert. Posiadanie takiej wiedzy przed wszczęciem postępowania z pewnością stawiało w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę składającego ofertę, skoro wcześniej aniżeli inni wykonawcy wiedział o przesłankach wymaganych przez Zamawiającego warunkujących udział w postępowaniu, czy o sposobach liczenia punktów w poszczególnych kryteriach wyznaczonych przez tego Zamawiającego. Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego, iż posługując się przy sporządzeniu oferty osobą opiniującą dokument postępowania, wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego Prof. dr hab. Bogdan Dolnicki znalazła się w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co uzasadnia przynajmniej rozważenie zastosowania środka przewidzianego w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego prof. dr. hab. Bogdan Dolnicki w Bielsku – Białej – po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania.

Zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, ocenie podlegały zakwestionowane w odwołaniu zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego prof. dr. hab. Bogdan Dolnicki w Bielsku – Białej a także przyznana punktacja w zakresie podkryterium *doświadczenie i kompetencje* obu wykonawcom decydująca o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie jest kwestionowany zakres i sposób uzasadnienia przyznanej punktacji.

**I.** W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzenia na wstępie wymaga, że dla zaistnienia obowiązku wykluczenia wykonawcy, konieczne jest łączne wystąpienie wskazanych w przepisie przesłanek. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Powyższego przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 (w trybie negocjacji bez ogłoszenia po przeprowadzeniu konkursu, o którym

mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych) lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 (w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę albo po przeprowadzeniu konkursu, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej). Obowiązek wykluczenia wykonawcy aktualizuje się zatem, gdy wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Ustawa, przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy może on powierzyć przygotowanie postępowania) - w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania”, art. 29 - 38 ustawy, do których zaliczyć należy: dokonanie opisu przedmiotu zamówienia; w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno - użytkowego; oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia; w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego; przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, dla obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązek wykluczenia z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nie jest absolutny. Zamawiający nie może automatycznie wykluczyć z postępowania wykonawcy, który wykonywał czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem – konieczna jest bowiem analiza wystąpienia przesłanki negatywnej wykluczenia z postępowania. Wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Kierunek wykładni tej przesłanki wyraził Europejski Trybunał Sprawiedliwości jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy, co zachowuje aktualność również na gruncie obecnych regulacji. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu), dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie,

zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywa obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji.

Tym samym, zwykle wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść. Każdorazowo konieczne jest zatem przesądzenie, czy udział wykonawcy albo osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni w konkretnej sytuacji uczciwej konkurencji. Jeśli więc udział takiego wykonawcy lub osób nie utrudni uczciwej konkurencji, sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia. Wykluczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą posługuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, zaś zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli okaże się, że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego.

Ocena wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji udziału w postępowaniu wykonawcy lub osób, które brały udział w przygotowaniu postępowania musi być dokonywana w okolicznościach konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w wyniku uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania daje przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, udział takiego wykonawcy będzie mógł być oceniony, jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również charakter przedmiotu zamówienia.

W analizowanej sprawie, Przystępujący, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą wykonywał w okresie prowadzenia postępowania obsługę prawną Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że nie posiada własnej obsługi prawnej, że wykonywana jest ona przez zewnętrzną kancelarię (dotychczas: kancelarię Przystępującego). W ramach tej obsługi, osoba działająca w imieniu Przystępującego

parafowała projekt umowy stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie jest przygotowywane od listopada 2011 r. – z dokumentacji postępowania wynika, że na początku listopada oszacowano wartość zamówienia, zaś specyfikacja istotnych warunków zamówienia ukształtowana została na początku grudnia 2011 r. Zamawiający na rozprawie podał, iż specyfikację istotnych warunków zamówienia przygotowuje wydział merytoryczny – w tej sprawie Wydział Organizacyjny, który jest odpowiedzialny za zamówienie danej usługi, następnie projekt umowy przedkładany jest radcy prawnemu; projekt umowy opracowuje również Wydział Organizacyjny. W przygotowaniu tego postępowania brał udział Wydział Organizacyjny. Wydział Organizacyjny przygotowuje wniosek o przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z projektem umowy przekazywana jest do Biura Zamówień Publicznych. Tam następuje weryfikacja przedłożonych dokumentów i powołanie komisji przetargowej. W dacie wniosku o przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z projektem umowy jest już opracowana, a ewentualne zmiany brzmienia SIWZ pochodzą z Wydziału Organizacyjnego. Do Centralnego Rejestru Umów trafia projekt umowy po jego parafowaniu przez radcę prawnego. Radca prawny parafuje projekt umowy przed złożeniem wniosku do Biura Zamówień Publicznych, przy czym wniosek w zakresie przedmiotowego postępowania wpłynął do Biura Zamówień Publicznych z dnia 15 grudnia 2011 r. Z powyższego a także dat wskazanych na wniosku o wszczęcie postępowania można wnioskować, że parafowanie projektu umowy przez radcę prawnego wykonującego w imieniu Przystępującego obsługę prawną nastąpiło przed 15 grudnia 2011 r.: wobec niewskazania daty tej czynności można jedynie wnioskować, że miało to miejsce na początku grudnia 2011r. Podanie do wiadomości innym wykonawcom treści specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówienia nastąpiło w dniu 29 grudnia 2011 r.

Z dokumentacji nie wynika, by w następstwie czynności radcy prawnego w stosunku do elementu składającego się na specyfikację istotnych warunków zamówienia jakim jest projekt umowy nastąpiła jej modyfikacja. W istocie, czynność parafowania projektu umowy stanowi czynność nie tyle techniczną, co incydentalną w postępowaniu, która nie wywołała wpływu na kształt dokumentacji.

Rozważanie zatem ewentualnego wpływu czynności parafowania przez radcę prawnego projektu umowy na utrudnienie uczciwej konkurencji w wyniku udziału wykonawcy, w imieniu którego działała osoba parafująca dokument, o czym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, musi się odbywać w kontekście tej czynności oraz jej znaczenia dla postępowania. Nic przy tym nie wskazuje, by Przystępujący dokonywał innych czynności, aniżeli rozważane parafowanie projektu umowy przez radcę prawnego, które by mogły mieć ewentualny wpływ na kształt specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez Wydział



Organizacyjny Zamawiającego. W wyniku tego parafowania, specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie uległa jakiegokolwiek modyfikacji.

Stąd zasadnym jest przyjęcie, że czynności Przystępującego były neutralnymi dla kształtu postępowania, zaś ewentualne utrudnienie uczciwej konkurencji może przejawiać się w uzyskaniu wcześniej, aniżeli inni wykonawcy wiedzy o postępowaniu, ewentualnej możliwości wcześniejszego przygotowania się do uczestnictwa w postępowaniu. Ta wiedza może mieć znaczenie szczególnie, gdy wcześniejsza znajomość przedmiotu zamówienia pozwala na szybsze rozpoczęcie opracowania oferty – gdy oferta wymaga zaprezentowania zamawiającemu autorskiej koncepcji wykonania zadania zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czy związana jest z koniecznością opracowania kosztorysu. Owa wiedza może w konkretnej sytuacji, gdy zamawiający stawia szczególne warunki udziału w postępowaniu ułatwić zebranie dokumentów wymaganych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czy – tak jak w tym postępowaniu – dokumentów potwierdzających usługi pozwalające uzyskać punktację w kryterium innym niż cena.

Ewentualna przewaga wybranego wykonawcy, polegałaby jedynie na tym, że ze względu na znajomość przedmiotu zamówienia, nie musiał się zapoznawać z dokumentacją i mógł w krótszym czasie przygotować ofertę, lecz okoliczność ta na gruncie analizowanej sprawy nie stanowiła utrudnienia uczciwej konkurencji.

Na gruncie analizowanej sprawy przedmiot zamówienia, rozpatrywany przez pryzmat szczególnych wymagań stawianych ofercie jest typowy i relatywnie nieskomplikowany. To kompleksowa, kilkuletnia (do 31 stycznia 2016 r.) usługa prawna. Sporządzenie oferty nie wymaga inwencji wykonawcy w zakresie wymagającym analizy przedmiotu zamówienia w celu opracowania sposobu jego wykonania i zaprezentowania go Zamawiającemu. Sporządzenie oferty sprowadza się zatem do analizy przedmiotu zamówienia przez pryzmat kalkulacji ceny.

Stawiane w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu nie zostały zakwestionowane przez wykonawców jako nieadekwatne lub nadmierne. Obaj wykonawcy je spełnili. Podobnie nie były kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do kryteriów oceny ofert. Wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia zagrażających interesom wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu przysługuje możliwość złożenia odwołania (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy), z czego żaden wykonawca nie skorzystał.

Także ewentualna wcześniejsza wiedza Przystępującego o kształcie postępowania, w tym o dokumentach wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub udokumentowanie usług podlegających punktacji, skompletowanie zespołu wykonującego zamówienie nie może być w tej konkretnej sprawie rozpatrywana przez pryzmat utrudnienia konkurencji. Zrelatywizowanie faktu wcześniejszego

niż inni wykonawcy powzięcia informacji o postępowaniu oraz jego kształcie do treści oferty Przystępującego prowadzi do konkluzji, iż również ewentualna wcześniejsza wiedza o postępowaniu nie może być uznana za sprzyjającą temu wykonawcy w sposób ułatwiający przygotowanie się do postępowania. Hipotetycznie, taka wiedza mogłaby wyrażać się w posiadaniu dłuższego czasu na zawarcie umowy konsorcjum pozwalającej na zwiększenie potencjału celem uzyskania korzystniejszej punktacji, nawiązanie relacji na podstawie których nastąpi udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie (art. 26 ust. 2 b ustawy), czy udokumentowaniu większej ilości usług podlegających punktacji. W realiach analizowanej sprawy, powyższe okoliczności wydają się jednak nie mieć żadnego znaczenia – na podstawie analizy oferty Przystępującego jawi się wniosek, że wykonawca występuje samodzielnie, polega na własnym doświadczeniu oraz osobach współpracujących, na trwających aktualnie relacjach a nie nawiązanych w związku z postępowaniem. Co istotne, wszystkie wykazywane usługi – zarówno w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak i dla uzyskania punktacji w ramach przyjętego kryterium oceny ofert pochodzą od jednego podmiotu – Zamawiającego w tym postępowaniu. Powyższe pozwala wnioskować, że w tej konkretnej sytuacji, czas oraz wcześniejsza wiedza o postępowaniu nie działał w szczególny sposób na korzyść Przystępującego, a raczej stanowią okoliczności neutralne dla przygotowania oferty.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że nie potwierdziły się, postulowane w odwołaniu przesłanki skutkujące obowiązkiem wykluczenia wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego prof. dr. hab. Bogdan Dolnicki w Bielsku - Białej z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W zakresie przyznanej obu wykonawcom punktacji w kryterium *Doświadczenie i kompetencje*, decydującej o wyborze najkorzystniejszej oferty, po analizie wykazanych usług oraz stanowisk każdej ze stron, uznano iż nie potwierdziły się zarzuty wskazujące na konieczność innej klasyfikacji każdego z wykonawców. W postępowaniu nie jest kwestionowany zakres i sposób uzasadnienia przyznanej punktacji.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. w sprawie XIX Ga 468/10 (niepubl.) zawarto następujące wytyczne dotyczące kryterium oceny oferty złożonego z ceny oraz innych kryteriów: *„Ustawodawca nie reguluje expressis verbis sposobu oceny ofert przy zastosowaniu kilku kryteriów, nie mniej jednak należy przyjąć, że w takiej sytuacji ma znaczenie kompleksowa analiza oferty pod kątem spełnienia wszystkich wyznaczonych cech jako kryteria oceny ofert. Innymi słowy, decydujące znaczenie ma sumaryczna ocena poszczególnych kryteriów oceny ofert. Z analizy tegoż przepisu (art. 91 ust. 1 i 2 – przyp. własny) nie wynika obowiązek podawania*

oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. Ustawodawca nie operuje zresztą pojęciem „podkryterium”. Ma on jedynie ocenić ofertę wykonawcy w ramach każdego z kryteriów i zsumować łączną ocenę. Istotne jest także to, by przy ocenie ofert nie doszło do naruszenia przepisów prawa o zamówieniach publicznych, w tym art. 7 ust. 1 p.z.p.” a także „Zamawiający zatem przyjął dwa kryteria oferty: cenę i zawartość merytoryczną. Wedle tego też podziału należało dokonać oceny ofert w postępowaniu przetargowym. Sąd Okręgowy nie zgadza się zaprezentowanym przez KIO poglądem, że Zamawiający miał obowiązek wskazania wyników głosowania poszczególnych członków komisji przetargowej w ramach tzw. „podkryterium”. Jak już to wcześniej stwierdzono ocenie podlegają poszczególne kryteria, a ich suma tych ocen składa się na ocenę całej oferty. Skoro Zamawiający wskazał dwa kryteria, toteż każde z nich podlega ocenie. Ponadto nie wymaga szerszej argumentacji, że termin „zawartość merytoryczna oferty” jest nieostry, a w związku z tym słusznie przyjęto dwie powyżej określone pozycje, które są dyrektywami wskazującymi, co będzie Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem. Inaczej rzecz ujmując, wskazano tutaj mierniki merytorycznej oceny oferty, choć oczywiście miernikom tym przypisano różne znaczenie. Ponadto Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywać czynności nie wynikających z przepisów. Takim obowiązkiem byłoby zobligowanie go do dokonania poszczególnych elementów składających się na określone kryterium.”

Ocenić podlegała zatem punktacja przyznana Odwołującemu oraz Przystępującemu w ramach jednego z trzech kryteriów, służących wyłonieniu najkorzystniejszej oferty. Odwołujący kwestionuje przyznaną punktację w ramach kryterium *Doświadczenie i kompetencje*. Spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu, Odwołujący oraz Przystępujący otrzymali odpowiednio punktację w ramach każdego z trzech podkryteriów:

- w ramach kryterium *Cena* (o wadze 30 %): 30 pkt – Odwołujący oraz 25,54 pkt – Przystępujący;
- w ramach kryterium *Zasoby kadrowe* (o wadze 30 %): 18,26 pkt – Odwołujący oraz 26,92 pkt – Przystępujący;
- w ramach kryterium *Doświadczenie i kompetencje* (o wadze 40 %): 17,27 pkt – Odwołujący oraz 40 pkt – Przystępujący.

W ramach dwóch niekwestionowanych kryteriów Przystępujący uzyskał nad Odwołującym „przewagę” 4,2 pkt.

Zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dla stwierdzenia naruszenia przepisów mających wpływ na wynik postępowania, w zakresie przyznanej obu wykonawcom w postępowaniu punktacji konieczne jest zatem potwierdzenie niewłaściwego przyznania punktacji Przystępującemu oraz niezaliczenie punktów Odwołującemu w takim zakresie, który spowoduje, że Odwołujący uzyska wyższą punktację od Przystępującego, co mogłoby się zaktualizować wyłącznie przy potwierdzeniu zarzutów wobec przyznania maksymalnej punktacji Przystępującemu w kwestionowanym zakresie w podkryterium *ilość postępowań polegających na doradztwie gminie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane (co najmniej 3 postępowania), którego wartość wynosiła co najmniej 3.000.000 złotych* a zarazem potwierdzeniu bezzasadnego nie przyznania Odwołującemu punktów.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach kryterium *Doświadczenie i kompetencje* wyróżnił sześć podkryteriów, za które przyznawał odpowiednie ilości punktów. Usługi odpowiadające tym podkryteriom należało podać w *Wykazie zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej*. W końcowej części tego *Wykazu* zawarto postanowienie dotyczące sposobu potwierdzenia zadań przedstawianych dla uzyskania punktacji: *Do wykazu Wykonawca powinien załączyć dokumenty potwierdzające wykonane usługi celem obliczenia punktacji. Jeden dokument może potwierdzać wykonanie więcej niż jednej usługi. W przypadku, gdy Wykonawca nie przedłoży przedmiotowego potwierdzenia, zamówienie nie będzie oceniane (punktowane)*.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została ostatecznie ukształtowana, na obecnym etapie brak jest zatem podstaw do rewidowania jej treści. Terminy na kwestionowanie jej brzmienia upłynęły (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy), zatem obecnie wszyscy uczestnicy są związani kształtem postępowania opisanym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części opisującej sposób wykazania usług podlegających punktacji wynika, iż przyznanie punktów uzależnione zostało od potwierdzenia każdej usługi dokumentem odrębnym od wykazu (*„do wykazu należy załączyć dokumenty”*). Oznacza to, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie było wystarczające – wobec faktu wykonywania usług w ramach kompleksowej obsługi prawnej jednostek złożenie ogólnych referencji dotyczących całokształtu świadczonych usług. W takim wypadku w referencjach musiało bowiem wskazanie dotyczące tych konkretnych usług. To zresztą Zamawiający przewidział w *Wykazie*, wskazując, że wskazanie więcej niż jednej usługi wykazywanej dla celu punktacji może nastąpić za pomocą jednego dokumentu: *Jeden dokument może potwierdzać wykonanie więcej niż jednej usługi*.

Rzeczą zamawiającego, który decyduje się na zastosowanie poza ceną także innego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest dobór pewnych mierników w ramach tego

kryterium oraz opisanie reguł i instrumentów, za pomocą których będzie badał założone kryterium oceny ofert, inne niż cena. Kryterium to nie jest tożsame z wykazywaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. O ile pierwszy służy ustaleniu zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, ma za zadanie delimitować dostęp do zamówienia jedynie do wykonawców posiadających odpowiedni potencjał gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia, to kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty („jakościowe”) ma inny cel. Służy ustaleniu jak najwyższych cech, właściwości świadczonej usługi za pomocą przyjętego za właściwy miernika spełnienia tych cech. Tutaj takim miernikiem – w myśl uprawnienia wynikającego z art. 5 ust. 1 ustawy, Zamawiający uczynił właściwość wykonawcy w postaci doświadczenia w realizacji wybranych usług. Nie można przy tym utożsamiać opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu z przyjętymi przez Zamawiającego instrumentami służącymi do weryfikacji kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty innego niż cena. W analizowanej sprawie, postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia krzyżuje się w pewnym stopniu z usługami, które wchodzą w zakres punktowanych w ramach kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, nadto Zamawiający przyjął dla kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty podobną konwencję prezentowania informacji (tj. w postaci wykazu oraz dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi), nie oznacza to jednak, że można utożsamiać obie kategorie oraz sposób wykazania każdego z nich przez wykonawcę. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazywane jest za pomocą dokumentów określonych w *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*: wykazu usług opisującego wykonane usługi, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie (w praktyce: referencje od odbiorców usług). Wykazywanie spełnienia przesłanki umożliwiającej uzyskanie punktacji w ramach kryterium innego niż cena zostało w przedmiotowym postępowaniu ukształtowane w pewnym stopniu podobnie do sposobu wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu: wymagane było złożenie odrębnego *Wykazu zrealizowanych usług podlegających punktacji* oraz dokumentów potwierdzających wykonane usługi. Z powyższego wynika, że warunkiem sine qua non uzyskania punktów za to kryterium nie było złożenie *Wykazu zrealizowanych usług podlegających punktacji*, ale załączenie dokumentów odnoszących się do jednostkowych, wykazywanych usług. W świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sam *Wykaz* zdaje się mieć znaczenie jedynie porządkujące, zaś o przyznaniu punktów za wyspecyfikowane w ramach sześciu podkryteriów usługi decydować miało potwierdzenie ich wykonania innym dokumentem załączonym do *Wykazu*. Wprost wskazano bowiem, że nie

złożenie tych dokumentów będzie skutkowało nieprzyznaniem punktów za podane *Wykazie* usługi.

Zamawiający zatem, w ramach wykazywania usług dla celów przyznania punktacji w kryterium *Doświadczenie i kompetencje* posiłkował się w pewien sposób konstrukcją właściwą dla wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wykaz i dopełniające go dokumenty zewnętrzne – referencje) ale niejako odwrócił zasadę właściwą dla wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a polegającą na tym, że zakres usługi, szczegółowe informacje jej dotyczące prezentowane są w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych, zaś dokument pochodzący co do zasady od podmiotu trzeciego – odbiorcy zadania potwierdza należyte jego wykonanie (referencje). Tymczasem w odniesieniu do kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty stanowiącego *Doświadczenie i kompetencje* Zamawiający postanowił, że zadanie podlegające punktacji musi wynikać z załączonego do *Wykazu* dokumentu potwierdzającego wykonaną usługę.

Z tego względu nie sposób podzielić kierunku argumentacji Odwołującego (a także w trakcie prac Komisji Przetargowej, co eksponował Odwołujący – stanowiska jednego z członków Komisji) nawiązującego do istoty referencji oraz tego, że nie ma obowiązku, by zawierały one informacje jak np. zakres zadania, termin wykonania lub inne elementy dotyczące potwierdzanej usługi (dostawy, roboty budowlanej) aniżeli fakt jej należytego wykonania, które w tej sprawie miało być odnoszone do wykazania usług podlegających punktacji. Jawiące się na gruncie analizowanego postępowania podobieństwo konstrukcji przyjętej przez Zamawiającego dla wykazania usług podlegających punktacji w ramach kryterium innego niż cena (art. 91 ustawy) do mechanizmu wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 i 2 ustawy, *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*) nie oznacza jednak, że zasady dotyczące wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu mają zastosowanie do wykazania usług w celu uzyskania punktacji w ramach kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowej sprawie Zamawiający postanowił, iż w ramach przyjętego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty wykazanie zadania dla celu przyznania punktacji ma zostać potwierdzone dokumentem potwierdzającym wykonane usługi. Skutkiem niepotwierdzenia w ten sposób ma być nieprzyznanie punktów. Zatem to ów dokument miał potwierdzać wykonanie usługi, z wszystkimi informacjami, jakie są konieczne dla stwierdzenia, że usługa wpisuje się w kryterium pozwalające uzyskać punktację. Powyższe oznacza, że zakres usługi, taki jej opis, by wpisywała się ona w kryterium podlegające punktacji – w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dla jej „zaliczenia” (przyznania punktacji) powinien wynikać z dokumentu załączonego do *Wykazu*. Zgodnie z informacją zawartą we wzorze *Wykazu*, miały być to dokumenty potwierdzające

wykonane usługi (a nie: „należyte wykonanie usług”). Taka treść informacji, literalnie nie nawiązująca do dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług, w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 3 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* zdaje się wskazywać, że potwierdzenie wykonania usługi dla celów punktacji nie musiało się odbywać na podstawie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług - właściwych referencji. Przy takim brzmieniu wymagania, dopuszczalnym wydaje się złożenie także innego dokumentu o odpowiedniej wiarygodności, z którego będzie wynikało potwierdzenie wykonania usługi, jak np. referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi – jeśli wynika z nich opis tej usługi ale również odpisu wyroku wraz uzasadnieniem, jeśli w części stanowiącej postanowienie o kosztach zawarte byłyby informacje pozwalające ustalić stronę i reprezentującego ją pełnomocnika. Powyższe oznacza, że w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest zasadny wniosek, by z samego *Wykazu* miał wynikać zakres zadania, a dołączony dokument służyć miał potwierdzeniu należytego opisanego w *Wykazie* usługi. Przeciwnie, to z dołączonego do *Wykazu* dokumentu musiało wynikać wykonanie usługi. W tych okolicznościach brak jest podstaw do przyjęcia, że zasady właściwe dla oceny znaczenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług (referencji) mogły być bezpośrednio stosowane do opisanego przez Zamawiającego mechanizmu ustalenia punktacji w ramach kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wymagał dokumentu z którego będzie wynikało wykonanie usługi i ten dokument powinien wskazywać i identyfikować usługę. Nie wystarczą więc w tym zakresie ogólne referencje dotyczące kompleksowej obsługi jednostki samorządu terytorialnego, jeśli nie wyodrębniono w nich w jakikolwiek sposób usług podawanych w *Wykazie zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej*. Z tych dokumentów miało wynikać wykonanie usług w zakresie opisanym w poszczególnych podkryteriach, w taki sposób, aby możliwe było jednoznaczne przesądzenie, że wykazywane zadanie wpisuje się w zakres usługi podlegającej punktacji - ze względu na odbiorcę (wymaganie by była to gmina, jednostka samorządu terytorialnego), wartość, rodzaj usługi.

Nie jest przy tym wystarczające, postulowane przez Odwołującego na rozprawie, złożenie oświadczenia wykonawcy w postaci *Wykazu zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej*. Zgodzić się należy, że inną kategorią są oświadczenia, inną zaś – dokumenty. Zamawiający wyraźnie postawił wymagania, by były to inne dokumenty aniżeli oświadczenie w postaci *Wykazu*, skoro mają być one do tego *Wykazu* załączone. Stąd nie można było uznać zawartości merytorycznej *Wykazu* (ujętych w nim oświadczeń wskazujących na wykonane usługi) za substytucyjny dokument wobec wymaganego w dla potwierdzenia usług w celu przyznania im punktacji.

Wykonawcy, który nie złożył takich dokumentów opisujących wykazywane usługi a polegał na samodzielnie dokonanym w *Wykazie* opisie usługi (w istocie: własnym oświadczeniu), nie mogła zatem zostać przyznana punktacja.

W świetle wymagania, by – dla przyznania punktacji – załączony został do *Wykazu* dokument potwierdzający wykonanie usługi, w razie niepełnego udokumentowania usług podlegających punktacji (przykładowo wskazania zadania jedynie w *Wykazie*, bez jednoczesnego opatrzenia wykazu dokumentem potwierdzającym wykonanie usługi, lub odwrotnie, lub gdy na podstawie tego dokumentu nie będzie możliwe stwierdzenie czy usługa może być punktowana) nie jest dopuszczalne wezwanie do uzupełnienia dokumentu oraz wyjaśnień. Powyższe stanowiłoby bowiem o możliwości następczego, po terminie składania ofert modyfikacji wykazywanego zadania, czemu sprzeciwia się wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stąd podzielono ocenę Zamawiającego, że przy przyznaniu punktacji w kryterium *Doświadczenie i kompetencje* uwzględniane mogły być tylko te usługi, które potwierdzono odrębnym od *Wykazu* dokumentem.

Odwołujący kwestionuje nie przyznanie punktów w podkryteriach:

- ***ilość usług polegająca na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno-ściekowej*** - Odwołujący kwestionuje nie uwzględnienie przy punktacji jednej z dwóch usług, to jest usługi w drugiej pozycji wykazu: *Doradztwo prawne Gminie Gliwice – Urzędowi Miejskiemu w Mysłowicach* (przyp. wł.: omyłkowo podana Gmina Gliwice w miejsce: Gmina Mysłowice) *przy realizacji przez Spółkę gminną Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno - ściekowej miasta Mysłowice o wartości przekraczającej 112 000 000 zł”*; podmiot na rzecz którego wykonywano określoną usługę: *„Gmina Mysłowice – Urząd Miasta Mysłowice ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice”*.

- Zamawiający uzasadnił nieprzyznanie punktacji za to zadanie, wskazując, że dotyczy ono wykonania zadania na rzecz spółki a nie na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, że z listu referencyjnego dotyczącego tej usługi wynikało, iż Odwołujący odpowiadał za „nadzór prawny” nad realizacją przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. programu finansowanego ze środków unijnych „Gospodarka wodno – ściekowa”.

Podzielono powyższą ocenę Zamawiającego: z opisu punktowanych zadań wprost wynika, że punktacja zostanie przyznana za zadania polegające na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno-ściekowej. Zasadnie zatem Zamawiający w tym podkryterium uznał Odwołującemu tylko jedno zadanie. W tym samym podkryterium Przystępujący wykazał dwa zadania, których Odwołujący nie kwestionuje. Prawidłowo zatem Zamawiający przyznał w tej mierze Przystępującemu 6 pkt i Odwołującemu 3 pkt.



**- ilość spraw polegająca na reprezentacji jednostek samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa w postępowaniu sądowym lub arbitrażowym o wartości sporu co najmniej 30.000.000 złotych** - Odwołujący kwestionuje nie przyznanie punktów za wszystkie (dwie) wykazane usługi, opisane wykazie następująco:

1. Powód – *Centrum Administracji sp. z o.o. p-ko Gminie Dąbrowa Górnicza, Miejski Zarząd Ulic i Mostów sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej o zapłatę – sygn. akt Sądu Okręgowego w Katowicach (I instancja) I C 497/05, sprawa zakończona w 2010*”, wartość przedmiotu sporu: 96 202 150 zł.

Odwołujący w ofercie zamieścił list referencyjny pochodzący z Gminy Dąbrowa Górnicza z dnia 10 stycznia 2012 r., który na wstępie zawiera stwierdzenie, że *Gmina Dąbrowa Górnicza od 28.01.2010 r. do nadal współpracuje na podstawie umowy o świadczeniu pomocy prawnej (...) z Kancelarią Radcy Prawnego reprezentowaną przez Iwonę Ładowską – Gałka (...)*. W piśmie wskazano, iż *Gmina Dąbrowa Górnicza informuje, że Kancelaria Radcy Prawnego reprezentowana przez Iwonę Ładowską – Gałka w latach 2009 – 2011 uczestniczyła w sumie w 722 sprawach sądowych; w 2009 r. w 322, w 2010 r. w 226 i w 2011 r. w 164, w tym w dwóch sprawach sądowych o wartości przedmiotu sporu ponad 30 000 000 zł.*

2. Powód – *Gmina Miasto Oświęcim p-ko Synthos SA oraz Energetyka Dwory Sp. z o.o. o uznanie czynności prawnej za bezskuteczną – sygn. akt IX GC 373/07 Sądu Okręgowego w Krakowie; sprawa zakończona prawomocnie w roku 2009*”, wartość przedmiotu sporu: 83 114 000 zł.

Odwołujący załączył referencje z Miasta Oświęcim, z których wynika min., że *Kancelaria odpowiada także za obsługę rozlicznych procesów sądowych Miasta tak cywilnych jak z zakresu sporów z organami nadzoru prawnego.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, w tym stanowisko Zamawiającego uzasadniające nie przyznanie punktów w tym kryterium, stwierdzenia wymaga, iż analiza treści listu referencyjnego pochodzącego z Gminy Dąbrowa Górnicza z dnia 10 stycznia 2012 r. wraz z opisem usługi w *Wykazie zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej* wskazuje, że potwierdza on wykonaną usługę w zakresie podlegającym punktacji: zawarto w nim stwierdzenie, że *Kancelaria Radcy Prawnego reprezentowana przez Iwonę Ładowską – Gałka w latach 2009 – 2011 reprezentowała wystawcę tego listu w dwóch sprawach sądowych o wartości przedmiotu sporu ponad 30 000 000 zł.* Data usługi wynika z jej opisu dokonanego w *Wykazie zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej*, gdzie podano, że sprawa została zakończona w 2010 r. Zasadnie natomiast Zamawiający nie uznał postępowania prowadzonego w imieniu Gminy Miasto Oświęcim p-ko Synthos SA oraz Energetyka Dwory Sp. z o.o. o uznanie czynności prawnej za bezskuteczną – sygn. akt

IX GC 373/07 Sądu Okręgowego w Krakowie – postępowanie to nie zostało potwierdzone załączonym do *Wykazu* dokumentem potwierdzającym wykonaną usługę.

Powyższe skutkuje uznaniem, że punktacji podlegać powinno w analizowanym kryterium jedno zadanie, to jest usługa reprezentacji Gminy Dąbrowa Górnicza, Miejski Zarząd Ulic i Mostów sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej w sprawie o zapłatę – sygn. akt Sądu Okręgowego w Katowicach (I instancja) I C 497/05 o wartość przedmiotu sporu 96 202 150 zł (pierwsza pozycja wykazu).

W powyższym podkryterium Przystępujący podał niekwestionowaną jedną usługę; przy czym także Odwołującemu należało zaliczyć w powyższym zakresie jedną usługę, co powoduje, że obaj wykonawcy powinni otrzymać po jednakowej ilości punktów (8 pkt) – powyższe nie skutkuje jednak zmianą wzajemnej relacji pomiędzy tymi wykonawcami.

**- ilość spraw polegająca na reprezentacji gminy przed sądami powszechnymi (co najmniej 200 postępowań sądowych)**

Odwołujący wykazał łącznie dziewięć usług, z czego przyznano mu punkty za usługi polegające na reprezentacji Gminy Dąbrowa Górnicza w roku 2009 (332 sprawy) i 2010 (226 spraw) – łącznie 558 spraw.

Odwołujący kwestionuje nie przyznanie punktów za pozostałe usługi, wskazując, że powinno być uznane łącznie 6 usług.

W odniesieniu do trzech zadań: reprezentacji Gminy Dąbrowa Górnicza w 2011 r. w 164 sprawach a także reprezentacji Gminy Czeladź w 2010 r. w 64 sprawach oraz 2011 r. w 149 sprawach nie został spełniony warunek reprezentacji w co najmniej 200 postępowaniach sądowych.

Odwołujący nie kwestionuje nieprzyznania punktów za te zadania.

Ponad te usługi Odwołujący wykazał:

1. reprezentację Gminy Czeladź w 2009 r. w 262 sprawach rocznie;
2. reprezentację Gminy Mysłowice w 2009 r. w 344 sprawach rocznie,
3. reprezentację Gminy Mysłowice w 2010 r. w 233 sprawach rocznie,
4. reprezentację Gminy Mysłowice w 2011 r. w 496 sprawach rocznie.

Odwołujący złożył referencje pochodzące od Gminy Czeladź oraz Gminy Mysłowice, które jednak nie potwierdzają wykonania usług wskazanych w celu uzyskania punktacji – odnoszą się ogólnie do wykonywanej obsługi prawnej nie nawiązując do tych konkretnych, jednostkowych zadań.

W konsekwencji, prawidłową była ocena Zamawiającego, polegająca na zaliczeniu Odwołującemu łącznie 558 spraw, przy niekwestionowanej ilości postępowań Przystępującego, to jest 704. Także w tym podkryterium przyznano prawidłową punktację obu wykonawcom: Przystępującemu – 8 pkt, Odwołującemu – 6,35 pkt.

**- ilość spraw polegających na reprezentacji jednostki samorządu terytorialnego w co najmniej 3 postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (co najmniej 3 postępowania)**

Odwołujący postuluje, iż w omawianym kryterium powinny być uznane wszystkie wykazane usługi w liczbie pięciu. Zamawiający nie przyznanie żadnego punktu w tym kryterium uzasadnił tym, iż w referencjach pochodzących od Gminy Dąbrowa Górnicza, Gminy Czeladź oraz Gminy Gliwice nie wskazano i nie potwierdzono udziału w podanych sprawach; że w jednej sprawie Zamawiającym był Zakład Budynków Komunalnych a nie Gmina Czeladź, zaś co do trzech połączonych spraw - niemożnością zidentyfikowania trzech postępowań według ich opisu w *Wykazie zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej*, wobec wskazania sygnatur innych aniżeli właściwe dla postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygnatury wezwań); wskazał także że z uwagi na tożsamość zamawiającego trzech kolejnych postępowań należy powyższe traktować jako jedno postępowanie. Zamawiający argumentował też, że wykazane jako drugie zadanie w tej części – na rzecz Gminy Czeladź – Zakładu Budynków Komunalnych nie wpisuje się w wymaganie reprezentacji *jednostki samorządu terytorialnego*, za którą nie można uznać Zakładu Budynków Komunalnych.

Podzielono ocenę Zamawiającego, zgodnie z którą Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających wykonanie podanych pięciu usług, co skutkowało nieprzyznaniem punktacji, przy niekwestionowanej punktacji Przystępującego 6 pkt.

**- ilość postępowań polegających na doradztwie gminie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane (co najmniej 3 postępowania), którego wartość wynosiła co najmniej 3.000.000 złotych**

Odwołujący podał w *Wykazie* 20 usług, z czego Zamawiający uznał osiem wykonanych na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza (pierwsze osiem pozycji w powyższym kryterium), zaś co do pozostałych usług, wobec nie przedłożenia dokumentów potwierdzających ich wykonanie – nie przyznał punktów. Podzielono powyższą ocenę Zamawiającego – z treści załączonych do oferty dokumentów nie wynika potwierdzenie wykonania wskazanych usług.

Zamawiający uznał wszystkie zadania wykazane przez Przystępującego (pozycje 1 - 2 oraz 5 - 26 Wykazu), poza usługą rzecz Miasta Zabrze na kwotę 239 808,30 zł. Podzielono argumentację prezentowaną w odwołaniu, zgodnie z którą część usług uznanych Przystępującemu nie została potwierdzona w taki sposób, by możliwe było przesądzenie, że wpisuje się w charakter punktowanego zakresu: *doradztwo gminie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane*. Usługi na rzecz SovereignFund TF1 S.A.; Zabytkowej Kopalni Węgla Kamiennego GUIDO w Zabrzu; Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego; Urzędu Miejskiego w Gliwicach SP ZOZ Szpitalu Rejonowego w Zabrzu, wobec treści potwierdzającego dokumentu powinny zostać

uznane za wywołujące wątpliwości. Nie jest przy tym wystarczające przekonanie Zamawiającego, że skoro te dokumenty pochodzą od Niego, to nie mogą być kwestionowane. Nietypowy opis zadania, w tym wskazanie jako podmiotu na rzecz którego wykonano usługę innej jednostki, aniżeli wystawca dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi determinuje konieczność szczególnej staranności przy opisie zadania w dokumencie potwierdzającym jego wykonanie, zaś brak takiego opisu pozwalającego na jednoznaczne przesądzenie odbiorcy usługi obciąża wykonawcę, który się tym dokumentem posługuje. Usługa pozwalająca na uzyskanie punktacji w tym podkryterium została czytelnie opisana – to: *doradztwo gminie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane*. Nie sposób tak zakreślonego przez Zamawiającego zakresu rozpatrywać rozszerzająco czy traktować w kategorii „życzliwej” dla wykonawców interpretacji - ta ocena winna odbywać się w ramach wyłącznie informacji podanych przez wykonawcę w złożonym na potwierdzenie wykonania usługi dokumencie. W zakresie podkryteriów *ilość usług polegająca na doradztwie jednostkom samorządu terytorialnego przy realizacji projektów dotyczących poprawy gospodarki wodno-ściekowej* Zamawiający przyjął dosłowną interpretację pojęcia jednostki samorządu terytorialnego, nie uznając zadania wykonanego na rzecz spółki miejskiej. Równa staranność powinna przyświecać także ocenie dokonywanej w ramach innych podkryteriów.

Przystępujący w pisemnym stanowisku z dnia 13 lutego 2012 r. zaprezentował pogląd, zgodnie z którym, wobec zawartej w Kodeksie cywilnym definicji umowy o roboty budowlane, oraz katalogu usług które mogą być świadczone przez prawnika w zakresie realizacji procesów budowlanych przez gminę, rolą prawnika jest: *reprezentowanie interesów gminy na etapie poszukiwania źródeł finansowania bez naruszenia dyscypliny finansów publicznych na sfinansowanie projektów budowlanych, opiniowanie projektów umów projektowych oraz o roboty budowlane, udzielanie porad w zakresie sposobu egzekwowania uprawnień gminy i obowiązków wykonawcy wynikających o roboty budowlane*. Przystępujący argumentuje, że proces przebudowy stadionu im. Ernesta Pohla w Zabrzu został rozpoczęty w 2009 r. i uczestniczyła w nim Jego kancelaria, przy czym *doradztwo Gminie Zabrze przy wyborze modelu finansowania dalszego etapu robót budowlanych stanowiło logiczną konsekwencję tego samego procesu budowlanego*. Dostrzeżenia jednak wymaga, że podkryterium, w ramach którego przyznawana jest punktacja jednoznacznie precyzuje zakres usługi: *doradztwo gminie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane*. Postępowanie o zamówienie publiczne ma swą definicję w ustawie Prawo zamówień publicznych, podobnie postępowanie którego przedmiotem są roboty budowlane (art. 2 pkt 7a i 8 ustawy). Sama umowa o roboty budowlane także znajduje definicję w prawie cywilnym. W świetle powyższego, doradztwo w zakresie umów dotyczących finansowania inwestycji nie mieści się w dokonanym przez Zamawiającego opisie usług podlegających

punktacji. Opis ten jednoznacznie nawiązuje do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, nie wskazując na możliwość szerszej interpretacji obejmującej ogół zadań pozostających w dalszym związku z takim postępowaniem, czy finansowania robót budowlanych. Stąd usługi doradztwa przy zawieraniu umów z SovereignFund TF1 S.A., jeśli nawet dotyczą finansowania inwestycji stanowiącej wykonanie robót budowlanych, nie powinny być uznane jako punktowane w tym podkryterium.

Niezależnie od powyższego, nie mogło to mieć znaczenia dla ogólnego bilansu punktacji obu wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Jakakolwiek redukcja wykazanych przez Przystępującego zadań w tym podkryterium (przy czym należy zwrócić uwagę, że to jedyne podkryterium, w którym punktację przyznaną Przystępującemu zakwestionowano w odwołaniu) nie mogła zmienić wzajemnej relacji punktacji obu wykonawców, wobec uzyskania w pozostałych podkryteriach większej ilości punktów przez Przystępującego lub takiej samej – w odniesieniu do dwóch z ich, oraz wobec uzyskania przez Przystępującego w ramach kryteriów *Cena* oraz *zasoby kadrowe* przewagi w wysokości 4,2 pkt.

**- ilość zadań polegająca na doradztwie gminie w przygotowaniu i realizacji zadania inwestycyjnego, którego wartość wynosiła co najmniej 30.000.000 (co najmniej 1 zadanie)**

Odwołujący podał dwie usługi w Wykazie, z czego Zamawiający uznał jedną, nie uznając usługi na rzecz Gminy Gliwice „Budowa hali widowiskowo - sportowej „Podium” z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów mogących potwierdzić wykonanie usługi. Podzielono powyższą ocenę Zamawiającego, skoro brak jest dokumentu potwierdzającego to zadanie.

Zamawiający uznał przy tym wszystkie usługi wykazane przez Przystępującego, to jest jedną usługę, czego Odwołujący nie kwestionuje. Obaj wykonawcy – prawidłowo – otrzymali w tym podkryterium po 6 pkt.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ramach przyznanej każdemu z wykonawców uczestniczących w postępowaniu punktacji na podstawie wykazanych zadań, ofercie Przystępującego należało przyznać większą ilość punktów, aniżeli ofercie Odwołującego.

Z opisanych wyżej względów, zarzuty stawiane w odwołaniu nie mogły wywołać skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Niedoskonałości oceny wykazywanych usług oraz przyznanej punktacji pozostają bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie podlegało zatem oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**