

WYROK

z dnia 20 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **27 grudnia 2013 r.** przez wykonawcę: **CA Consulting S.A. Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:

Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. dokonanie zmian postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert, i wyeliminowanie kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia - 20%” wraz z jego opisem,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **CA Consulting S.A. Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** na rzecz odwołującego: **CA Consulting S.A. Al.**

Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE TED 2013/S 244-424978 w dniu 17 grudnia 2013 r. na usługi doradczo-konsultingowe dla projektu „Informatyczny System Osłony przed Nadzwyczajnymi Zagrożeniami”, w dniu 27 grudnia 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert - opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 17 grudnia 2013 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Krajowemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez:

1) opisanie kryterium oceny ofert w postaci „Jakości wykonania wzorcowego zlecenia” oraz na określeniu jego znaczenia w sposób który:

a) odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy (jego wiedzy i doświadczenia),

b) umożliwiającemu zamawiającemu dokonanie oceny subiektywnej i uznaniowej, co utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż nie zapewnia obiektywizmu oceny ofert – co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w związku z 91 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 29 ust. 1 ustawy;

2) opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający uczciwą konkurencję – co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Mając na uwadze podniesione zarzuty, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. usunięcia kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” - 20% oraz jego opisu z SIWZ oraz z ogłoszenia.

2. zmiany warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia - wymogu dotyczącego, co najmniej rocznego okresu świadczenia usługi

doradztwa poprzez nadanie mu brzmienia: „jedną usługę doradczą o wartości minimum 1 000 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 6 miesięcy, obejmującą wsparcie w zakresie organizacji i zarządzania projektem, którego jednym z zadań była budowa systemu informatycznego, o budżecie projektu powyżej 50 000 000,00 PLN brutto”,

3. zmiany warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia - wymogu dotyczącego wykazania się przez wykonawców ubiegających się o zamówienie - jedną usługą doradczą o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 1 rok, obejmującą wsparcie przy projektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystującego architekturę SOA, przy czym wartość umowy, której przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu informatycznego (obejmującego usługi i dostawy) nie może być mniejsza niż 10 000 000,00 PLN brutto, (5.1 b) 2 SIWZ); żądanie odwołania w tym zakresie - polegało na nakazaniu zmiany ww. warunku poprzez nadanie mu brzmienia: „jedną usługę doradczą o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 6 miesięcy, obejmującą wsparcie przy projektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystującego architekturę SOA, przy czym wartość umowy, której przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu informatycznego (obejmującego usługi i dostawy) nie może być mniejsza niż 10 000 000,00 PLN brutto”.

4. w odniesieniu do warunku wykazania się oznaczonym doświadczeniem przy sporządzaniu opinii prawnych - żądanie odwołania polegało na nakazaniu zmiany ww. warunku poprzez nadanie mu brzmienia: „jedną usługę polegającą na sporządzeniu opinii prawnych, i udzielaniu porad prawnych, w tym uzgadnianiu pod względem formalno-prawnym projektu umowy z zakresu IT, której przedmiotem było wdrożenie (z ewentualnym utrzymaniem) systemu informatycznego o wartości przedmiotu umowy dotyczącej systemu informatycznego minimum 10 000 000,00 PLN brutto”, tj. z wyeliminowaniem elementu, że dotyczyć to miało systemu rozproszonego,

5. w odniesieniu do żądania SIWZ - wykazania się przez wykonawców ubiegających się o zamówienie - jedną usługą polegającą na doradztwie prawnym przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu co najmniej trzech postępowań o udzielenie zamówienia, odwołujący postulował, aby warunkowi temu nadać następujące brzmienie: „usługi polegające na doradztwie prawnym przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu co najmniej dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zakończonych zawarciem umowy, przy czym wartość każdej z tych umów nie może być mniejsza niż 1 000 000,00 PLN brutto”.

Nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ oraz ogłoszenia w sposób wskazany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, tak aby zmodyfikowane zapisy SIWZ były zgodne z ustawą Pzp.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz podał, że jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym złożeniem oferty. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w przekonaniu odwołującego, został sporządzony w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu. Uchybienia powyższe powodują, iż odwołujący nie będzie mógł brać udziału w prowadzonym postępowaniu. Z powyższego wywodził możliwość doznania szkody majątkowej.

Zarzut I. Argumentując zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert, odwołujący podał, że w SIWZ (pkt 13 SIWZ) zamawiający opisał kryteria oceny ofert w następujący sposób:

13.1. Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:

- | Lp. | Nazwa kryterium; Znaczenie kryterium (w %) |
|-----|--------------------------------------------|
| 1. | Cena brutto - 40% |
| 2. | Ilość roboczogodzin - 40% |
| 3. | Jakość wykonania wzorcowego zlecenia - 20% |

13.2. Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach kryterium oceny ofert, przyjmując zasadę, że 1% = 1 punkt.

Odnosząc się do kryterium w postaci „Jakości wykonania wzorcowego zlecenia” w pkt 13.5. SIWZ wskazano:

13. 5. Punkty za kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 20 punktów na podstawie sporządzonej przez Wykonawcę opinii w następującym przedmiocie:

„Przedmiotem zadania jest sporządzenie opinii prawnej dotyczącej możliwości przekazania przysługujących Beneficjentowi 7 osi POIG autorskich praw majątkowych oraz licencji, nabytych ze środków przekazanych na podstawie Umowy o dofinansowanie, innym podmiotom, w tym m.in. jednostkom podległym lub innym jednostkom Skarbu Państwa.”

Opinia będzie stanowiła weryfikację stanu faktycznego, w którym Beneficjent przekazuje ww. innym podmiotom autorskie prawa majątkowe lub licencje (w tym licencje do programów komputerowych - w tym rozdzielnie na oprogramowanie m. in. typu OEM, BOX i

oprogramowanie dedykowane), których zakup Beneficjent sfinansował ze środków przekazanych na podstawie umowy o dofinansowanie.

Przedmiotowy stan faktyczny analizowany będzie w oparciu o coraz częstsze sytuacje dozwolonego, przy zastrzeżeniu nie powodowania zasadniczej modyfikacji Projektu, przekazywania przez Beneficjentów 7 Osi POIG, produktów Projektów na rzecz innych podmiotów".

Przy ocenie będą brane pod uwagę:

A. Jakość tekstów pod względem merytorycznym; B Jakość tekstów pod względem językowym, w tym:

Zamawiający ustalił następujące podkryteria, sposób oceny oraz liczbę punktów możliwych do uzyskania w ramach kryterium:

1. podkryterium – rozumiane, jako: „Logika tekstów, uporządkowanie treści, przejrzystość komunikowanych treści.” Za tekst logiczny i przejrzysty o uporządkowanej treści Wykonawca otrzyma 5 punktów. Za każdy błąd logiczny lub przypadek braku przejrzystości tekstu zostanie odjęty 1 punkt (nie więcej niż 5 punktów, tj. całkowita liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach tego podkryterium nie może być mniejsza od 0).

Poprzez logiczność i przejrzystość tekstu rozumie się czytelne prezentowanie treści, oparte na związkach przyczynowo-skutkowych. Liczba punktów możliwych do uzyskania - do 5 pkt;

2. podkryterium – rozumiane, jako: „Poprawność merytoryczna i kompletność tekstu.” Jeżeli wszystkie dane merytoryczne (przywołane przepisy, ich interpretacja itp.) podane w treści opinii są poprawne, a opinia w sposób kompleksowy prezentuje przedmiotowe zagadnienie Wykonawca otrzyma 10 punktów. Za każdy błąd merytoryczny lub uchybienie w kompletności opinii zostanie odjęty 1 punkt (łącznie nie więcej niż 10, i/całkowita liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach tego podkryterium nie może być mniejsza od 0). Przez poprawność merytoryczną i kompletność tekstów rozumie się wyczerpujące i zupełne opisanie przedmiotowego zagadnienia, odwołanie się do obowiązujących w przedmiotowej kwestii przepisów prawnych i innych regulacji (krajowych i wspólnotowych), poparcie przytoczonych twierdzeń orzecznictwem, poglądami doktryny (np. komentarze, artykuły naukowe) oraz spójność pomiędzy przedstawieniem stanu prawnego a wnioskami końcowymi. Liczba punktów możliwych do uzyskania - do 10 pkt;

Razem liczba punktów możliwych do uzyskania w powyższych podkryteriach: do 15 pkt.

W przypisie widnieje uwaga: wykonawca jest zobowiązany do przytaczania orzecznictwa i poglądów doktryny na następujących zasadach: do danej tezy postawionej w

opinii można przytoczyć maksymalnie 1 orzeczenie/pogląd doktryny odnoszący się do postawionej tezy w ten sam sposób. Wykonawca w całej opinii może przytoczyć maksymalnie 4 orzeczenia/poglądy doktryny.

3. podkryterium – rozumiane, jako: „Jakość tekstów pod względem językowym, w tym: „Język, redakcja tekstów.” Ocenie poddana zostanie poprawność redakcyjna i stylistyczna tekstów. Zdania muszą być zbudowane zgodnie z zasadami gramatyki polskiej. Tekst musi być napisany językiem zrozumiałym; z jednoczesnym wykorzystaniem języka prawniczego. Za tekst w pełni poprawny redakcyjnie i stylistycznie Wykonawca otrzyma 5 punktów. Za każdy błąd redakcyjny lub stylistyczny zostanie odjęty punkt (nie więcej niż 5 punktów tj. całkowita Do 5 pkt, liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach tego podkryterium nie może być mniejsza od 0). Liczba punktów możliwych do uzyskania - do 5 pkt.

Dodatkowo, zamawiający określił warunki, że opinia powinna liczyć nie więcej niż 6 stron wydruku komputerowego, czcionka Times New Roman, rozmiar 12, interlinia 1,15, marginesy ustalone na -2,5 (lewy margines) oraz 16 (prawy margines), - 2,5 (margines górny), 24 (margines dolny) czcionka o zagęszczeniu 0,00.

Wykonawca, który do oferty nie dołączy wymaganego zlecenia wzorcowego otrzyma 0 pkt w kryterium oceny ofert „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia”. Brak wzorcowego zlecenia w ofercie Wykonawcy nie będzie mógł zostać uzupełniony na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy”.

Odwołujący stwierdził, iż kryterium w postaci jw. zostało określone pozostaje niezgodnie z ustawą Pzp, zarzucając, iż kryterium oceny ofert nazwane jako „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” jest *de facto* kryterium dotyczącym właściwości podmiotowych wykonawcy - co jest zakazane przepisem art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. W opinii odwołującego istota tego kryterium nie polega - jak mylnie wskazuje jego sama nazwa - na „jakości”, ale na tym, iż w jego ramach badane będą w istocie właściwości wykonawcy, dotyczące jego wiedzy i doświadczenia.

Kryterium powyższe - zgodnie z ww. opisem w SIWZ - odnosi się do sporządzonej „opinii prawnej”. Fakt, iż jest to kryterium o charakterze wiedzy i doświadczenia potwierdza choćby sama specyfikacja, która w innym miejscu uznaje właśnie sporządzenie „opinii prawnej” za jeden z warunków udziału w postępowaniu - jako element wymaganej wiedzy i doświadczenia. Czyni to w pkt 5.1.lit. b) ppkt 4) gdzie wskazano, iż w niniejszym postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy wykażą, iż należycie wykonali „jedną usługę polegającą na sporządzeniu opinii prawnych.

Już sam fakt tożsamości kryterium oceny ofert w postaci oceny sporządzonej „opinii prawnej” z jednym z warunków udziału w postępowaniu, polegającym na sporządzeniu „opinii prawnej” dyskwalifikuje ustalone kryterium, jako niezgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości podmiotowych wykonawcy - do których niewątpliwie należy m.in. wiedza. Fakt, iż tak jest w niniejszym przypadku - potwierdza również analiza szczegółowego opisu tego kryterium oraz wyodrębnionych w jego ramach podkryteriów. Zwracał w tym miejscu uwagę na takie oceniane elementy, jak: „logikę tekstu”, „przejrzystość tekstu” - zdefiniowane jako „czytelne prezentowanie treści, oparte na związkach przyczynowo-skutkowych”, czy zwłaszcza poprawność merytoryczną opinii, gdzie oceniane będzie to, czy „wszystkie dane merytoryczne (przywołane przepisy, ich interpretacja itp.) podane w treści opinii są poprawne, a opinia w sposób kompleksowy prezentuje przedmiotowe zagadnienie”. Powyższe opisy wprost wskazują na ocenę owej „opinii prawnej” pod kątem wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Są to, bowiem cechy pracy (opracowania, opinii) będące refleksem wiedzy i doświadczenia sporządzającego.

Odwołujący zaznaczał, że jak wskazuje się w opinii prawnej zamieszczone na stronach Urzędu Zamówień Publicznych i dotyczącej „Kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia” - *„Z powołanego art. 91 ust. 3 ustawy PZP wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy PZP wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży”* (tak też. P. Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 266).

Tym samym, odwołujący podtrzymał zarzut, iż wskazane kryterium oceny ofert narusza art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, i z tych względów nie jest dopuszczalne jego zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...). Wskazując na niedopuszczalność zastosowania, jako kryteriów oceny ofert (art. 91 ust 2 i 3 ustawy Pzp) takich aspektów jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w

określonej branży, odwołujący zaznaczył, iż mogą one stanowić warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący nadmieniał również, iż do niniejszego zamówienia nie ma zastosowania art. 5 ust. 1 ustawy - gdyż przedmiotem zamówienia nie są wyłącznie usługi prawnicze, lecz usługi polegające na doradztwie, nie mające charakteru usług niepriorytetowych, zaś usługi doradztwa prawnego to jedynie część zamówienia - co potwierdza zamieszczony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia za pomocą kodów CPV (pkt. 3.3. SIWZ): 72220000-3 Usługi doradcze w zakresie systemów i doradztwo techniczne 72224000-1; Usługi doradcze w zakresie zarządzania projektem; 72224200-3 Usługi w zakresie planowania zapewniania jakości systemu; 72240000-9 Usługi analizy systemu i programowania 72246000-1; Usługi doradcze w zakresie systemów 72227000-2; Usługi doradcze w zakresie integracji oprogramowania 79110000-8; Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej 80420000-4; Usługi e-learning.

Po drugie, odwołujący zarzucał jednocześnie, iż zamawiający określając ww. kryterium polegające na ocenie opinii prawnej - określił je w sposób uniemożliwiający dokonanie oceny ofert z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, poprzez subiektywne i niezapewniające obiektywizmu oceny określenie podkryteriów oceny ofert, przez co umożliwiającą zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej.

Odwołujący wskazywał, iż w celu prawidłowego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, zamawiający musi przedstawić w SIWZ informację o sposobie oceny ofert. tzn. opisać sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę kryteriów określonych w SIWZ, przy czym opis ten musi mieć na względzie zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego, opis sposobu oceny w danym kryterium – nie czyni zadość przywołanej dyspozycji normy prawnej. Odwołujący przytoczył tezę uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2011 r. sygn. KIO/KD 96/11 - „Wybór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Wskazując kryteria oceny ofert inne niż cena, zamawiający powinien dokonać szczegółowego ich opisu, w razie potrzeb podzielić na dodatkowe podkryteria. Niewystarczające jest przy tym wskazanie w istocie jedynie na nazwę danego kryterium wraz z określeniem jego znaczenia (wagi)\".

Ponadto, zamawiający określając w SIWZ kryteria oceny ofert, musi mieć na względzie fakt, że wykonawcy mają prawo do takiego opisu kryteriów oceny ofert i określania ich znaczenia, aby mogli sporządzić ofertę w sposób dający im możliwość uznania ich ofert za najkorzystniejszą. Taki jest też cel postępowania przetargowego - którym jest zagwarantowanie zamawiającemu - przy zachowaniu warunków uczciwej konkurencji - właśnie uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami w świetle decydujących dla oceny ofert kryteriów. Kryteria nieobiektywne, pozwalające na daleko posunięty subiektywizm i uznaniowość - takiej oceny ofert nie gwarantują.

Odwołujący ocenił, że:

- w SIWZ brak jest obiektywnego i jednoznacznego, wymaganego ustawą szczegółowego opisu na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach danego kryterium/podkryterium. Zamawiający - pomimo pozorów zdefiniowania podkryteriów - w istocie albo w ogóle ich nie opisał, albo zdefiniował jedne pojęcia poprzez ich synonimy. Jako przykład odwołujący podał: zdefiniowanie podkryterium „kompletności tekstu” poprzez „wyczerpujące i zupełne” opisanie zagadnienia - a zatem mamy do czynienia z brakiem opisu stopnia oceny tego kryterium,

- zdefiniowanie podkryterium „przejrzystości” tekstu jako jego „czytelności”, a podkryterium „logiki tekstu” poprzez jego oparcie na „związkach przyczynowo skutkowych” - a zatem podobnie - faktycznie nie ma podanego sposobu w jaki zamawiający będzie oceniał ofertę w tym zakresie.

Poza wszystkim, odwołujący zwracał uwagę na wewnętrzną sprzeczność SIWZ w opisywanym zakresie, gdyż z jednej strony wymaga się „kompletności” opinii (względem czego? – co pozostaje niejasne), a z drugiej strony wyznacza limit powoływania się na poglądy doktryny i orzecznictwa (max 1 orzeczenie).

Zamawiający wskazuje również na „poprawność merytoryczną tekstu” definiując ją, jako „spójność” pomiędzy przedstawieniem stanu prawnego a wnioskami końcowymi czy jako „odwołanie się do obowiązujących w przedmiotowej kwestii przepisów prawnych i innych regulacji”.

Odwołujący zarzucał, iż definiowanie i objaśnienia użytych w ramach opisu kryterium pojęć poprzez ich synonimy - jest opisem, który nic nie wnosi i nie pozwala na ustalenie obiektywnego, mierzalnego sposobu stopnia spełniania przez ofertę ww. kryterium - co jest wymagane ustawą.

Powyższe, zdaniem odwołującego czyni ocenę ofert subiektywną i dowolną, a w konsekwencji wywiera wpływ na cały przebieg postępowania, począwszy od przygotowania ofert przez wykonawców, poprzez ich ocenę przez zamawiającego, a skończywszy na

weryfikacji przez wykonawców - w ramach przyznanych im ustawą Pzp środków ochrony prawnej - prawidłowości udzielenia zamówienia przez zamawiającego.

Powyższy opis ww. kryterium w opinii odwołującego, skutkuje jednocześnie:

- uniemożliwieniem wykonawcom przygotowania oferty ze względu na niemożność stwierdzenia jaki czynnik różnicujący złożone oferty będzie przez zamawiającego brany pod uwagę dla oceny,

- dowolnością interpretacyjną przyjętych kryteriów oceny ofert przez wykonawców, co skutkuje złożeniem w postępowaniu ofert nieporównywalnych;

- niemożnością porównania ofert - w ramach ich oceny przez zamawiającego;

- uniemożliwieniem wykonawcom dokonania weryfikacji oceny ofert - z punktu widzenia stosowania przez zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych (w tym zasady równego traktowania wykonawców).

Odwołujący zaznaczał, iż taki opis kryterium oceny ofert powoduje, iż wykonawca nie wie jak sporządzić przedmiotową opinię, by jednocześnie była kompletna (do tego w ramach wyznaczonego limitu orzeczeń), gdyż nie zna kryterium kompletności, a nie wie w jaki sposób sporządzenia opinii uzna zamawiający za „czytelny”, czy „merytorycznie poprawny” (czy powołanie przepisów będzie oceniane pod względem ilościowym (regulacji dotyczących praw autorskich w prawie wspólnotowym i krajowym jest wiele), czy też pod jakimś innym kątem).

Odwołujący podnosił, iż tworzenie subiektywnych bądź dopuszczających dowolność oceny kryteriów oceny ofert jest zakazane w świetle „Rekomendacji Ministerstwa Rozwoju Regionalnego - Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie - rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne, lipiec 2010” (dalej „Rekomendacje”). Rekomendacje zawierają przykładowe pozacenowe kryteria oceny ofert i wskazują wyraźnie na obowiązek zamawiającego dokonania szczegółowego i indywidualnego opisu sposobu oceny oferty dla każdego przyjętego kryterium - w ramach obowiązkowego „opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.” (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp). Przykłady zawarte w Rekomendacjach mają charakter uniwersalny, wymagający dostosowania i uzupełnienia przez konkretnego zamawiającego, z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego nakazuje jednoznacznie określić zamawiającym, w jaki konkretny sposób będą przyznawane punkty podlegającym ocenie ofertom: „Dokument zawiera jedynie przykładowe kryteria oceny ofert. Każde kryterium/podkryterium musi być dokładnie opisane przez zamawiającego, w celu wyraźnego wskazania, na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach danego

kryterium/podkryterium. Zaproponowane przykłady postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) mają jedynie charakter instrukcyjny i za każdym razem muszą zostać dostosowane do konkretnego zamówienia" (str. 5). Oprócz powyższego obowiązku Rekomendacje zawierają wprost zakaz tworzenia kryteriów dowolnych i uznaniowych w odniesieniu do sposobu opisu kryteriów oceny ofert - co nie zostało dopełnione przez zamawiającego - jak utrzymywał odwołujący.

1) kryteria muszą być jasne i nie mogą stwarzać dowolności interpretacyjnej. Każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy przeciętnie profesjonalny oferent, który dołoży należytej staranności mógł interpretować je w jednakowy sposób (§ 2 ust. 2, str. 7 Rekomendacji);

2) opis kryteriów (...) nie może jednak przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody (arbitralnego) wyboru oferty (§ 2 ust. 4, str. 7 Rekomendacji);

Odwołujący podkreślał, iż niezbędne jest wskazanie, co zamawiający rozumie przez pojęcia, którymi się posługuje i w oparciu o co będzie poznawał punkty. W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem odwołującego - zamawiający doprowadził do:

- uniemożliwienia wykonawcom przygotowania oferty ze względu na niemożność stwierdzenia, jaki czynnik różnicujący złożone oferty będzie przez zamawiającego brany pod uwagę dla oceny,

- dowolności interpretacyjnej przyjętych kryteriów oceny ofert przez wykonawców, co skutkuje złożeniem w postępowaniu ofert nieporównywalnych,

- niemożności porównania ofert - w ramach ich oceny przez Komisje Przetargową,

- uniemożliwienia wykonawcom dokonania weryfikacji oceny ofert z punktu widzenia stosowania przez zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych (w tym zasady równego traktowania wykonawców).

Odwołujący wywodził, że *ratio legis* unormowań ustawy Pzp należy odczytywać w świetle zasady art. 7 tej ustawy, który sprowadza się do obowiązku zamawiającego takiego opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu oceny ofert, który zapewni obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Na potwierdzenie powyższego przywołał dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w przykładowych wyrokach:

- „Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty" (wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04);

- „Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia oraz z ograniczeniem dotyczącym kryteriów podmiotowych (art. 92 ust. 3 ustawy Pzp). Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert. Ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny; a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców. Ponadto, szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli Zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010 roku (KIO/UZP 1327/10);

- „Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie zapewnił. Zamawiający, co prawda określił podkryteria, w ramach spornego kryterium oceny ofert, a więc wskazał, które elementy w zakresie technologii i środków będzie oceniał, jednakże sposób opisanie tych podkryteriów uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny. Zamawiający określając katalog podkryteriów, które składają się na kryterium oceny zaproponowanej technologii i środków, nie opisał sposobu oceny przedmiotowych podkryteriów w sposób właściwy. Brak bowiem wskazania podstawy, od której uzależniona jest ocena, nie określono jakie parametry, cechy, ilości zapewnią uzyskanie maksymalnej liczby punktów oraz jak odchylenia w tym zakresie wpłyną na ocenę (punktację). Wykonawca nie ma nawet wiedzy, bowiem sam Zamawiający tego nie rozstrzygnął, jak ewentualne odchylenia wpłyną będą na ocenę, a w konsekwencji na ilość przyznanych punktów. Tak skonstruowany opis oceny spornego kryterium nie zapewnia wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie budzący

wątpliwości, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostają w niepewności jak oceniane będą oferty, przez co nie jest możliwe ich przygotowanie w taki sposób, aby w maksymalnym stopniu odpowiadały potrzebom Zamawiającego" - wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 4 lipca 2008 roku, KIO/UZP 619 /08.

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1819/13, KIO 1935/13, KIO 1839/13), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła m.in., iż:

- „obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością oznacza m.in. takie kształtowanie procesu szeroko pojętego udzielania zamówienia publicznego, aby było ono konkurencyjne w możliwie największym stopniu."

- „ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania. Opis kryteriów oceny ofert oraz opis sposobu oceny ofert, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 1 Pzp musi zapewniać obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej."

- „poza cenowe kryteria oceny ofert wymagają szczegółowego opisu sposobu oceny ofert z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia, tak aby nie pozwalały na dowolność interpretacyjną."

- „zamawiający posłużył się sformułowaniami ogólnymi takimi jak: „pełna zgodność”, „pełna integracja/interoperacyjność”, „oprogramowanie inne..., współpracujące...” „oprogramowanie inne, nie współpracujące...” „rozwiązanie inne..., o ile... będzie umożliwiała pełną integrację aplikacyjną ze środowiskiem zamawiającego”. Powyższe pojęcia są pojęciami nieostryimi i jako takie nie zapewniają obiektywnej oceny ofert; a także nie umożliwiają wykonawcom przygotowania oferty w sposób, który zapewni uzyskanie konkretnej liczby punktów w danym kryterium"

Mając na względzie powyższe, tj. zarzucane:

- 1) naruszenie przez ww. kryterium art. 91 ust 3 ustawy Pzp (dotyczy cech podmiotowych wykonawcy) oraz 91 ust 2 ustawy Pzp,
 - 2) jego skrajny i właściwie niemożliwy do sanowania subiektywizm i dowolność oceny,
 - 3) fakt, iż zamawiający postawił warunki podmiotowe dotyczące wiedzy i doświadczenia w zakresie sporządzania opinii prawnych,
- odwołujący podtrzymał żądanie nakazania usunięcia ww. kryterium oraz jego opisu z SIWZ oraz z ogłoszenia.

Zarzut II. Odwołujący sformułował ponadto zarzuty dotyczące ustalonych warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający określił w SIWZ następujące warunki udziału w postępowaniu:

Zarzut II.1. Wykonawcy wykazała, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż trzy lata, to w tym okresie wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują) z należytą starannością następujące usługi:

1) jedną usługę doradczą o wartości minimum 1 000 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 1 rok, obejmującą wsparcie w zakresie organizacji i zarządzania projektem, którego jednym z zadań była budowa systemu informatycznego, o budżecie projektu powyżej 50 000 000,00 PLN brutto (5.1 b) 1 SIWZ).

Odwołujący stwierdził, iż wymóg warunku dotyczący, co najmniej rocznego okresu świadczenia usługi doradztwa nie ma uzasadnienia i jest nadmiarowy. Nie zachodzi żadna różnica merytoryczna pomiędzy świadczeniem takiej samej usługi przez 14, 12, 8 czy 6 miesięcy. Czas okres jej trwania nie ma, bowiem znaczenia przy zachowaniu tych samych wartości jak wskazane w warunku. Powyższy wymóg, zdaniem odwołującego niesłusznie ogranicza konkurencję.

Żądanie odwołania w tym zakresie sprowadzało się do: nakazania zamawiającemu dokonania zmiany ww. warunku poprzez nadanie mu brzmienia: „jedną usługę doradczą o wartości minimum 1 000 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 6 miesięcy, obejmującą wsparcie w zakresie organizacji i zarządzania projektem, którego jednym z zadań była budowa systemu informatycznego, o budżecie projektu powyżej 50 000 000,00 PLN brutto”,

Zarzut II.2. W odniesieniu do żądania SIWZ - wykazania się przez wykonawców ubiegających się o zamówienie - jedną usługę doradczą o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 1 rok, obejmującą wsparcie przy projektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystującego architekturę SOA, przy czym wartość umowy, której przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu informatycznego (obejmującego usługi i dostawy) nie może być mniejsza niż 10 000 000,00 PLN brutto, (5.1 b) 2 SIWZ) - odwołujący zarzucał, iż wymóg tegoż warunku dotyczący co najmniej rocznego okresu świadczenia usługi doradztwa - nie ma uzasadnienia i jest nadmiarowy. Nie zachodzi żadna różnica merytoryczna pomiędzy świadczeniem takiej samej usługi przez 14, 12, 8 czy 6 miesięcy. Czas okres jej trwania nie ma, bowiem znaczenia przy zachowaniu tych samych wartości jak wskazane w warunku. Powyższy wymóg niesłusznie ogranicza konkurencję.

Żądanie odwołania w tym zakresie - polegało na nakazaniu zmiany ww. warunku poprzez nadanie mu brzmienia: „jedną usługę doradczą o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto i czasie trwania dłuższym niż 6 miesięcy, obejmującą wsparcie przy projektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystującego architekturę SOA, przy czym wartość umowy, której przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu informatycznego (obejmującego usługi i dostawy) nie może być mniejsza niż 10 000 000,00 PLN brutto”.

Zarzut II.3. W odniesieniu do żądania SIWZ - wykazania się przez wykonawców ubiegających się o zamówienie - jedną usługą polegającą na sporządzeniu opinii prawnych, i udzielaniu porad prawnych, w tym uzgadnianiu pod względem formalno-prawnym projektu umowy z zakresu IT, której przedmiotem było wdrożenie (z ewentualnym utrzymaniem) systemu informatycznego funkcjonującego w środowisku rozproszonych lokalizacji o wartości przedmiotu umowy dotyczącej systemu informatycznego minimum 10 000 000,00 PLN brutto, (5.1 b) 4 SIWZ) -odwołujący zarzucił, iż wprowadzenie ww. wymogu, by opinia dotyczyła systemu funkcjonującego akurat w środowiskach rozproszonych jest nadmiarowe i zbędne. Przeciwnie z punktu widzenia umiejętności prawnych fakt, czy opinia prawna dotyczy stanu faktycznego polegającego na systemie „rozproszonym” bądź nie - jest bez znaczenia. Taki wymóg w sposób nieuzasadniony zawęża i ogranicza konkurencję.

Żądanie odwołania polegało na nakazaniu zmiany ww. warunku poprzez nadanie mu brzmienia: „jedną usługę polegającą na sporządzeniu opinii prawnych, i udzielaniu porad prawnych, w tym uzgadnianiu pod względem formalno-prawnym projektu umowy z zakresu IT, której przedmiotem było wdrożenie (z ewentualnym utrzymaniem) systemu informatycznego o wartości przedmiotu umowy dotyczącej systemu informatycznego minimum 10 000 000,00 PLN brutto”,

Zarzut II.4. W odniesieniu do żądania SIWZ - wykazania się przez wykonawców ubiegających się o zamówienie - jedną usługą polegającą na doradztwie prawnym przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu co najmniej trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zakończonych zawarciem umowy, przy czym wartość każdej z tych umów nie może być mniejsza niż 1 000 000,00 PLN brutto (5.1 b) 6 SIWZ) - odwołujący zarzucił, iż wprowadzenie do ww. warunku wymogu by owa usługa dotyczyła aż trzech postępowań jest nadmiarowe i zbędne. Wystarczające jest w świetle opisu przedmiotu zamówienia wymaganie by wykazano się doświadczeniem w przeprowadzeniu dwóch postępowań - co gwarantuje również powtarzalność tego doświadczenia. Warunek w obecnym brzmieniu w sposób nieuzasadniony zawęża i ogranicza konkurencję.

Żądanie odwołania, to nakazanie zmiany ww. warunku poprzez nadanie mu brzmienia: usługi polegające na doradztwie prawnym przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu co najmniej dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zakończonych zawarciem umowy, przy czym wartość każdej z tych umów nie może być mniejsza niż 1 000 000,00 PLN brutto".

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 grudnia 2013 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w kopii przesłane stronom, złożył w dniu 2 stycznia 2014 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, który uznał, iż kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia pozostają w zgodności z przepisami ustawy Pzp (dot. opisanie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert), gwarantujących dopuszczenie do udziału w przetargu jedynie podmiotów, które posiadają doświadczenie i wiedzę niezbędną do zrealizowania zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, argumentację przedstawił w udzielonej odpowiedzi z dnia 20 stycznia 2014 r. w której utrzymywał, że kwestionowane kryterium oceny ofert zostało ustalone w zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołał się również na dokonaną modyfikację postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ - w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia.

W odniesieniu do kwestionowanego w odwołaniu kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia”, zamawiający podał: *„Należy zauważyć, iż Zamawiający jest uprawniony do prowadzenia postępowania, w tym do określenia kryteriów oceny ofert, w sposób, który doprowadzi do uzyskania przez Zamawiającego produktu, który będzie najbardziej użyteczny z punktu widzenia zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego. Konfiguracja kryteriów oceny ofert jest ustalana przez Zamawiającego i powinna pozostawać w związku z ekonomicznym interesem Zamawiającego, a nie Wykonawcy (tak np. KIO 1314/13). Powyższemu w przedmiotowym Postępowaniu służy wprowadzenie kryterium „Jakości wykonania wzorcowego zlecenia”. Wzorcowe zlecenie polega na sporządzeniu opinii, której zakres został w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, a także związany z przedmiotem zamówienia określony w siwz. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, kryterium to nie dotyczy właściwości podmiotowych Wykonawcy, tj. wiedzy i doświadczenia. Wprowadzone przez Zamawiającego kryterium jest kryterium o charakterze jakościowym. Na powyższe wskazuje w pierwszej kolejności literalne brzmienie treści siwz, a konkretnie*

nazwa nadana kryterium, a mianowicie: „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia”. Jakościowy charakter przedmiotowego kryterium podkreślają także, wyodrębnione w jego ramach, podkryteria. W tym miejscu warto zatrzymać się nad znaczeniem pojęcia jakość. Jakość to właściwość, rodzaj, gatunek, wartość cech stanowiących o tym, że dany przedmiot jest tym przedmiotem, a nie innym”. W ramach kwestionowanego przez Odwołującego kryterium ocenie będzie podlegała jakość, a więc konkretne cechy, właściwości wykonanego przez Wykonawców zadania, takie jak logika, przejrzystość, poprawność merytoryczna, kompletność czy też język tekstu, a nie wiedza i doświadczenie Wykonawców. Innymi słowy, Zamawiającego interesuje jak najwyższy poziom opinii, a nie wiedza i doświadczenie Wykonawcy realizującego wzorcowe zadanie. Twierdzenia Odwołującego, odnoszące się do tego, iż podkryteria wyodrębnione w ramach „Jakości wykonania wzorcowego zadania” sprowadzają się w istocie do oceny wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, nie znajdują żadnego uzasadnienia. Należy bowiem zauważyć, iż wiedza i doświadczenie stanowią kategorię należącą do przeszłości - oceniając wiedzę i doświadczenie, bierzemy pod uwagę to, co już zaistniało w przeszłości i zostało zakończone bądź rozpoczęte w przeszłości nadal trwa. Tymczasem w niniejszej sprawie przedmiotem oceny jest wykonanie wzorcowego zlecenia, które ma dopiero nastąpić, konkretnie na potrzeby niniejszego Postępowania. Wykonane zadanie nie musi stanowić refleksu wiedzy i doświadczenia Wykonawcy. Jak już wskazano, w ramach przedmiotowego kryterium Zamawiającego interesują konkretne cechy zadania, a nie wiedza i doświadczenie Wykonawcy. Punkty będą bowiem przyznawane za określone właściwości zadania - bez znaczenia dla oceny oferty w przedmiotowym zakresie pozostaje dotychczasowa wiedza i doświadczenie Wykonawcy. Zamawiający w ramach przedmiotowego kryterium nie premiuje Wykonawców, którzy legitymują się określoną wiedzą i doświadczeniem. Wiedza i doświadczenia podlegają ocenie w ramach warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, będzie przyznawał punkty za określone elementy składające się na jakość. Elementami tymi nie jest np. liczba lat świadczenia usług doradztwa w zakresie autorskich praw majątkowych i licencji czy też ilość sporządzonych dotychczas opinii w tym zakresie. Tego, że kwestionowane kryterium odnosi się do właściwości podmiotowych Wykonawców nie potwierdza także odwołanie się do opinii prawnej w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu znaczenie ma sam fakt sporządzenia opinii w przeszłości. Tymczasem, przy „Jakości wykonania wzorcowego zlecenia” istotne są walory zlecenia, które dopiero będzie zrealizowane na potrzeby Postępowania, poziom, jaki zadanie to reprezentuje. Przyjmując tok rozumowania Odwołującego, należałoby w ogóle odrzucić możliwość formułowania kryteriów jakościowych. Bowiem, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, jakiegokolwiek kryterium jakościowe sprowadzałyby się w istocie do oceny wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, gdyż

- zgodnie z twierdzeniami spółki CA Consulting - jakość stanowi refleksję wiedzy i doświadczenia. Spółka CA Consulting podniosła w odwołaniu także, iż kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” sformułowane zostało w sposób rzekomo subiektywny i prowadzi do dowolnej i uznaniowej oceny ofert. Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w sposób jasny, wyraźny i dokładny. Ponadto, kryteria przewidziane przez Zamawiającego są kryteriami w pełni mierzalnymi, niepozostającymi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. (...) Natomiast w niniejszej sprawie Zamawiający dokonał szczegółowego i wyczerpującego opisu kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia”, wyodrębniając określone podkryteria i precyzyjnie wskazując, co będzie oceniane w ramach każdego podkryterium. Zatem zacytowana przez Odwołującego uchwała odnosi się do stanu faktycznego nieprzystającego do okoliczności mniejszej sprawy. (...) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten dokonał pozornego zdefiniowania podkryteriów, w tym definiując określone pojęcia przez synonimy. W tym zakresie należy wskazać, iż Zamawiający określił kryteria w sposób jasny i wyraźny. Kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” zostało podzielone na określone podkryteria. Każde podkryterium zostało zdefiniowane. Dla przykładu można wskazać, iż - zgodnie z siwz -logiczność i przejrzystość należy rozumieć jako czytelne prezentowanie treści, oparte na związkach przyczynowo-skutkowych. Logiczność i przejrzystość wykonanego zadania sprowadza się zatem do czytelności rozumianej jako prezentowanie treści w oparciu o związki przyczynowo- skutkowe. Kluczowym dla tego podkryterium jest zatem pojęcie związku przyczynowo-skutkowego. Należy zauważyć, iż sformułowanie związku przyczynowo-skutkowe nie jest pojęciem niejednoznacznym czy też mogącym budzić wątpliwości interpretacyjnie po stronie Wykonawcy. Choć pojęcie to nie wymaga jakiegokolwiek doprecyzowania, to należy zauważyć, iż sprowadza się ono do takiego układu opinii, w którym z danego twierdzenia będą wyprowadzane konkretne wnioski. Nie tylko profesjonalny Wykonawca, ale de facto każda osoba powinna być w stanie określić, co należy rozumieć pod pojęciem związków przyczynowo-skutkowych, a tym samym, co należy rozumieć pod podkryterium w postaci Logika tekstów, uporządkowanie treści, przejrzystość komunikowanych treści. Z kolei poprawność merytoryczna i kompletność została zdefiniowana jako wyczerpujące i zupełne opisanie przedmiotowego zagadnienia, w tym odwołanie się do obowiązującej w przedmiotowej kwestii przepisów prawnych i innych regulacji (krajowych i zagranicznych), poparcie przytoczonych twierdzeń orzecnictwem, poglądami doktryny oraz spójność pomiędzy przedstawieniem stanu prawnego a wnioskami końcowymi. Sformułowanie wyczerpujące i zupełne opisanie przedmiotowego zagadnienia nie jest pojęciem nieostrym i niejednoznacznym. Określenie, co należy pod nim rozumieć w kontekście przedmiotowego wzorcowego zadania, nie powinno budzić wątpliwości po stronie Wykonawców, tym bardziej,

iz Zamawiający nie poprzestał jedynie na odwołaniu się do kwestionowanych przez Zamawiającego pojęć, ale wskazał na potrzebę odwołania się do obowiązujących regulacji dotyczących przekazania autorskich praw majątkowych i licencji, co stanowi kluczowe wytyczne w zakresie rozumienia wyczerpującego i zupełnego charakteru opinii. Dodatkowo, warto nadmienić, iż profesjonalny Wykonawca nie powinien mieć trudności z identyfikacją przepisów regulujących kwestię przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz licencji. Wzorcowe zlecenie nie dotyczy jakichkolwiek regulacji. Katalog tych regulacji jest w pełni dookreślony, gdyż wyznacza go przedmiot wzorcowego zlecenia, a mianowicie przeniesienie autorskich praw majątkowych. Kwestia popierania twierdzeń orzecznictwem i poglądami doktryny podlega dodatkowym wymogom. Zgodnie z siwz do danej tezy postawionej w opinii można przytoczyć maksymalnie 1 orzeczenie/pogląd doktryny odnoszący się do postawionej tezy w ten sam sposób. Ponadto Wykonawca w całej opinii może przytoczyć maksymalnie 4 orzeczenia/poglądy doktryny. Wymóg zachowania spójności pomiędzy przedstawieniem stanu prawnego a wnioskami końcowymi również jest warunkiem jednoznacznym i precyzyjnym. W przedmiotowym sformułowaniu nie ma nic, co mogłoby budzić jakiegokolwiek wątpliwości interpretacyjne. Ocenie będzie podlegała także jakość tekstów pod względem językowym, rozumiana jako poprawność redakcyjna i stylistyczna tekstów oraz konstruowanie zdań zgodnie z zasadami gramatyki języka polskiego. Dodatkowo, wprowadzono jasne zasady dotyczące objętości wzorcowego zadania. Nie ulega zatem wątpliwości, iż kryteria oceny ofert opisano w sposób jednoznaczny i precyzyjny. W tym miejscu należy zwrócić uwagę również na to, iż każde ze słów, którymi posłużył się Zamawiający przy opisie podkryteriów, ma swoje znaczenie, nadane mu na gruncie języka polskiego, a przez to, interpretując treści kwestionowanego kryterium, nie sposób abstrahować od tego znaczenia. Tymczasem, Odwołujący zdaje się dążyć do tego, aby każde z pojęć było definiowane na gruncie siwz. W ocenie Zamawiającego jest to podejście nie do przyjęcia. Prowadziłoby to bowiem do swojego rodzaju „błędnego koła”. Definiując pojęcie X za pomocą terminu Y, należałoby jednocześnie definiować pojęcie Y. Pojęcie Y zdefiniowane przy ujęciu terminu Z wymagałoby z kolei definicji i pojęcia Z i tak za każdym razem. Zamawiający podkreśla, iż kryteria oceny ofert zdefiniowano w sposób jasny i precyzyjny, a treści składającej się na podkryteria nie sposób interpretować w oderwaniu od językowego znaczenia użytych terminów. Pojęcia użyte przy opisie kryteriów oceny ofert są pojęciami o sprecyzowanym zakresie znaczeniowym, które nie powinny budzić wątpliwości, a w konsekwencji nie jest wymagane ich definiowanie na gruncie siwz. Zdziwienie Zamawiającego wzbudziło to, iż Wykonawca ma trudności ze zrozumieniem sformułowania, iż treści mają być prezentowane czytelnie i w oparciu o związki przyczynowo -skutkowe. Odwołujący zdaje się oczekiwać, iż Zamawiający, przy opisie kryteriów oceny ofert, powinien wskazać Wykonawcom konkretny schemat wykonania wzorcowego zadania, konkretne

przepisy, do których należy się odnieść, co w niniejszej sprawie jest niemożliwe. Powyższe klóciłoby się bowiem z istotą kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia”. Kryterium „Jakości wykonania wzorcowego zlecenia” ze swej istoty musi wiązać się z określoną swobodą po stronie Wykonawców, co z kolei umożliwia im przygotowanie i złożenie konkurencyjnych ofert w Postępowaniu. Wykonawca w ramach tego kryterium musi bowiem wykonać zadanie autorskie. Zadaniem Wykonawcy jest właśnie dobór przepisów i treści, które będą się składały na merytoryczność, kompletność i poprawność językową, rozumianą zgodnie z opisem Zamawiającego. Zamawiający nie może bardziej uszczegółowić przedmiotowego podkryterium, gdyż wiązałoby się to ze wskazaniem konkretnych treści, które powinny być w zadaniu poruszone - a ich dobór należy właśnie do Wykonawcy. Odwołujący podnosi, iż kompletność klóci się z wyznaczeniem limitu orzeczeń. Zamawiający wskazuje na bezzasadność przedmiotowego twierdzenia. Ograniczenie limitu orzeczeń ma bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż Zamawiający oczekuje wykonania wzorcowego zlecenia o odpowiedniej jakości. Zobiektywizowanych oczekiwań Zamawiającego nie będzie spełniało wykonanie wzorcowego zlecenia, które będzie stanowiło „zlepek” orzeczeń, bez żadnych konkretnych, samodzielnie wyciągniętych przez Wykonawcę wniosków. Należy także wskazać, iż kryteria opisane przez Zamawiającego są w pełni mierzalne. Zamawiający wskazał bowiem, ile punktów Wykonawcy mogą uzyskać w ramach danego podkryterium oraz precyzyjnie określił zasady przyznawania tych punktów. Reguły te wykluczają arbitralną ocenę po stronie Zamawiającego. Należy zauważyć, iż Zamawiający będzie odejmował punkty za każdy popełniony błąd w ramach każdego podkryterium, przy czym liczba punktów uzyskanych przez Wykonawcę w ramach każdego podkryterium nie może być mniejsza od 0. Nie ma zatem mowy o uznaniowości po stronie Zamawiającego. Każdy zidentyfikowany błąd (dla każdej z przewidzianych kategorii) będzie skutkował odjęciem punktu. Z dowolnością mielibyśmy do czynienia wówczas, gdyby Zamawiający stwierdził, że za dane podkryterium przyzna od 0 do 10 punktów, nie precyzując konkretnie za co, ile punktów Wykonawca otrzyma. Tymczasem w niniejszej sprawie. Zamawiający za każdy zidentyfikowany błąd będzie odejmował po 1 punkcie, z zastrzeżeniem nieprzyznawania punktów ujemnych. Podsumowując. Zamawiający wskazał podstawy, od których uzależniona jest ocena punktowa oraz dokładnie określił, jak odchylenia w tym zakresie wpłyną na punktacje. Zatem Zamawiający szczegółowo opisał, co rozumie przez kryterium „Jakości wykonania wzorcowego zlecenia” oraz jak będzie oceniał poszczególne elementy.”

Odwołujący cofnął zarzuty odwołania dotyczące oceny spełniania warunków udziału, ze względu na dokonane przez zamawiającego modyfikacje SIWZ i zmianę ogłoszenia.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Izba rozważyła stanowiska stron oraz uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwolujący wykazał legitymację do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest bowiem wykonawcą zainteresowanym złożeniem oferty, a następnie uzyskaniem zamówienia. Objęte odwołaniem czynności zamawiającego, istotnie nie uniemożliwiają złożenia oferty, lecz mogą powodować nieprawidłową ocenę ofert, stąd objęte odwołaniem czynności zamawiającego mogą też prowadzić do potencjalnej możliwości poniesienia szkody - w postaci uniemożliwienia uzyskania zamówienia. W każdym razie, uznane przez odwołującego za sprzeczne z ustawą Pzp - skarżone czynności zamawiającego - w sposób negatywny mogłyby oddziaływać na udział odwołującego w danym postępowaniu.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało uwzględnić, że kryteria oceny ofert, muszą być dostosowane do przedmiotu zamówienia, gdyż tak stanowi art. 91 ust. 2 Pzp, mówiący, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia.

Przez opis przedmiotu zamówienia należy rozumieć głównie: jego przedmiot, zakres, ale też wartość, okres trwania, złożoność itp. elementy.

Wyznaczone kryteria oceny ofert nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia.

Odwolujący podał zamieszczony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia za pomocą kodów CPV (pkt. 3.3. SIWZ): 72220000-3 Usługi doradcze w zakresie systemów i doradztwo techniczne 72224000-1; Usługi doradcze w zakresie zarządzania projektem; 72224200-3 Usługi w zakresie planowania zapewniania jakości systemu; 72240000-9 Usługi analizy systemu i programowania 72246000-1; Usługi doradcze w zakresie systemów 72227000-2; Usługi doradcze w zakresie integracji oprogramowania 79110000-8; Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej 80420000-4; Usługi e-learning.

Załącznik do SIWZ zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na usługi doradczo konsultingowe dla projektu – „Informatyczny System Osłony Kraju Przed Nadzwyczajnymi Zagrożeniami” ISOK.

Wymieniony wyżej załącznik specyfikuje takie moduły przedmiotowego zamówienia, jak:

I. Świadczenie pomocy prawnej, jako usług świadczonych zamawiającemu w celu ochrony jego prawnie chronionych interesów obejmujący sporządzanie ekspertyz, analiz i opinii oraz doradztwa przy realizacji projektu ISOK;

II. Wsparcie zamawiającego w organizacji, zarządzaniu, kontroli jakości i rozliczaniu projektu;

III. Wsparcie merytoryczne oraz nadzór nad realizacją i wdrożeniem produktów projektu.

Punkt 4 SIWZ stanowi, że termin wykonania zamówienia rozpocznie się w dniu zawarcia umowy z wykonawcą, a zakończy się w dniu 28 lutego 2015 r.

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 1 560 975,61 zł.

Wartość projektu „Informatyczny System Osłony Kraju Przed Nadzwyczajnymi Zagrożeniami” ISOK wynosi według zamawiającego około 63 mln zł.

Zamawiający w punkcie 13 SIWZ podał opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, tj.

- cena brutto – 40 %
- ilość roboczogodzin – 40%
- jakość wykonania wzorcowego zlecenia – 20%.

Punkt 13.5. SIWZ przewiduje, że punkty za kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 20 punktów na podstawie sporządzonej przez Wykonawcę opinii w następującym przedmiocie:

„Przedmiotem zadania jest sporządzenie opinii prawnej dotyczących możliwości przekazania przysługujących Beneficjentowi 7 osi POIG autorskich praw majątkowych oraz licencji, nabytych ze środków przekazanych na podstawie Umowy o dofinansowanie, innym podmiotom, w tym m.in. jednostkom podległym lub innym jednostkom Skarbu Państwa.”

Opinia będzie stanowiła weryfikację stanu faktycznego, w którym Beneficjent przekazuje ww. innym podmiotom autorskie prawa majątkowe lub licencje (w tym licencje do programów komputerowych - w tym rozdzielenie na oprogramowanie m. in. typu OEM, BOX i oprogramowanie dedykowane), których zakup Beneficjent sfinansował ze środków przekazanych na podstawie umowy o dofinansowanie.

Przedmiotowy stan faktyczny analizowany będzie w oparciu o coraz częstsze sytuacje dozwolonego, przy zastrzeżeniu nie powodowania zasadniczej modyfikacji Projektu, przekazywania przez Beneficjentów 7 Osi POIG, produktów Projektów na rzecz innych podmiotów".

Pełny opis przyznawania punktacji w kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” zawarty w punkcie 13.5 SIWZ został przez odwołującego przytoczony w uzasadnieniu odwołania.

Nie negując stanowiska zamawiającego, że kryterium jakości oferowanego przedmiotu zamówienia jest dopuszczalne, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że kryterium oceny ofert oznaczone - jako „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia" jest faktycznie kryterium dotyczącym właściwości podmiotowych wykonawcy – czego przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wprost nie dozwala.

Istota tego kryterium polega, bowiem na tym, iż w jego ramach badane i punktowane miały być w istocie właściwości wykonawcy, dotyczące głównie jego wiedzy i umiejętności.

Kryterium powyższe - zgodnie z ww. opisem w SIWZ - odnosi się do sporządzonej „opinii prawnej". Fakt, iż jest to kryterium o charakterze wiedzy i umiejętności potwierdza również treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która uznaje właśnie sporządzenie „opinii prawnej" za jeden z warunków udziału w postępowaniu - jako element wymaganej wiedzy i doświadczenia. Czyni to w pkt 5.1.lit. b) ppkt 4) SIWZ, gdzie wskazano, iż w niniejszym postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy wykażą, iż należycie wykonali „jedną usługę polegającą na sporządzeniu opinii prawnych." Zamawiający wymagał też, aby wykonawca dysponował osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w tym: ekspertem ds. prawa w zakresie informatyki oraz ekspertem ds. prawa zamówień publicznych.

Już sam fakt tożsamości kryterium oceny ofert w postaci oceny sporządzonej „opinii prawnej" z jednym z warunków udziału w postępowaniu, polegającym na sporządzeniu „opinii prawnej" pozwala na wnioski, iż ustalone kryterium, pozostaje niezgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości podmiotowych wykonawcy - do których niewątpliwie należy m.in. wiedza i umiejętności zawodowe. O ocenie danej sytuacji nie przesądza okoliczność, że zamawiający nie umieścił w katalogu dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - jako elementu wymaganej wiedzy i doświadczenia - owej opinii prawnej na zadany temat w oparciu, o którą zamierzał przyznawać punktację ofert w kryterium - „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia."

Bez znaczenia pozostaje również, że nie uczynił złożenia przedmiotowej opinii obowiązkiem wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, zaznaczając, iż wykonawca, który do oferty nie dołączył *nota bene* „wymaganego” zlecenia wzorcowego otrzyma 0 punktów w kryterium oceny ofert „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” oraz zapowiedział, że brak wzorcowego zlecenia w ofercie wykonawcy nie będzie mógł zostać uzupełniony.

Zamawiający przyznał, że opinia prawna na zadany temat może być zlecona w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający na etapie składania ofert nie może wymagać od wykonawców wykonania elementów usługi, mogącej składać się na przedmiot zamówienia. W tym przypadku wykonania zlecenia opracowania prawnej na temat „możliwości przekazania przysługujących Beneficjentowi 7 osi POIG autorskich praw majątkowych oraz licencji, nabytych ze środków przekazanych na podstawie Umowy o dofinansowanie, innym podmiotom, w tym m.in. jednostkom podległym lub innym jednostkom Skarbu Państwa.”

Wykonawca zobowiązany jest, bowiem jedynie wykazać spełnianie wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu oraz zaoferować wykonywanie usługi, dostawy, czy roboty budowlanej, stanowiącej przedmiotem zamówienia, w podany przez zamawiającego sposób i spełniającego oznaczone parametry i właściwości - i nic ponad to. Inaczej mówiąc złożyć oświadczenie woli realizacji zamówienia - będące ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 K. c.

Izba nie znalazła też podstaw do takich wniosków, że postawiony warunek - przedstawienia do oceny w kryterium „Jakość wykonania wzorcowego zlecenia” opracowanej opinii - ma dwójaki charakter - wykazujący zarówno spełnienie wymogów udziału, jak i odnoszący się do treści oferty, pozwalający na ocenę w kryteriach odnoszących się do oferty, jako przedmiotu zamówienia. Wówczas, bowiem z braku takiegoż opracowania, zamawiający zobowiązany byłby przewidzieć sankcję odrzucenia oferty, a nie tylko przyznania punktacji „0”. Pozostawienie dowolności samym wykonawcom - co do przedłożenia oznaczonego dokumentu - odnoszącego się do merytorycznej zawartości oferty i umożliwiającego ocenę w wyznaczonym kryterium - rzutuje na prawidłowość prowadzenia postępowania i możliwość złożenia porównywalnych ofert oraz ich oceny.

W końcu, za istotę tego zamówienia należało uznać wsparcie zamawiającego w organizacji, zarządzaniu, kontroli jakości i rozliczaniu projektu, tj. wsparcie merytoryczne oraz nadzór nad realizacją i wdrożeniem produktów projektu. Usługi prawne, mają charakter pomocniczy i mogą pojawiać się praktycznie przy realizacji każdego zamówienia publicznego bądź, jako wchodzące w skład zamówień wsparcia realizacji oznaczonych projektów np. informatycznych, bądź też zostają zapewnione przez komórki prawne zamawiającego.

Głównie, więc do usług nadzoru nad realizacją i wdrożeniem produktów projektu, mogły odnosić się kryteria oceny ofert w tym postępowaniu.

Z uwagi na to, że ustalenie kwestionowanego kryterium nie było dopuszczalne - jako, iż odnosiło się ono do właściwości wykonawcy, a zamawiający nie wykazał, iż zachodzi przypadek, gdzie na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, byłby uprawniony do ustalenia kryteriów oceny ofert w oparciu o właściwości wykonawcy - nie było potrzeby odnoszenia się do nieprawidłowo opisanych podkryteriów, w ramach danego kryterium, nie pozwalających na prawidłową i porównywalną oceną ofert.

Przepis art. 5 ust. 1 Pzp stanowi, że do postępowań, których przedmiotem są usługi o charakterze nieprorytetowym określone w odrębnych przepisach, nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, między innymi w zakresie zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Przepis § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68) w załączniku nr 2 zalicza usługi prawnicze do usług niepriorytetowych, jednakże jednocześnie art. 5 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, gdy zamówienie obejmuje jednocześnie usługi o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym, nakazuje stosowanie przepisów dotyczących tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Zamawiający nie przedstawił dowodu, aby w oszacowaniu przedmiotu tego zamówienia dominował wartościowy udział usług prawniczych.

Jeżeli przedmiotowa opinia miałaby być traktowana jako dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, o którym mowa w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013r. poz. 231) - jako swoista „próbka” możliwości wykonawcy, to zamawiający musiałby równo od wszystkich wykonawców żądać złożenia owego dokumentu, a w razie jego braku realizować obowiązek nałożony art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy - wzywać wykonawcę o jego uzupełnienie. Ewentualność taką jednak zamawiający z góry wykluczył.

Mimo, że kryterium jakościowe odnoszone do przedmiotu zamówienia jest dopuszczone wprost w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, to należało uznać, że charakterystyka kwestionowanego kryterium zastosowana przez zamawiającego, w żaden sposób nie wpisuje się w instytucje ustanowione w tym zakresie w przepisach ustawy Pzp, co również przemawiało za argumentacją odwołującego, uzasadniającą wyeliminowanie nieprawidłowo ustanowionego kryterium, jako rzutującego na wadliwość przebiegu postępowania.

Na marginesie jedynie, Izba zaznacza, że twierdzenia odwołującego, co do arbitralności oceny w podkryteriach należało uznać za zasadne. Jakkolwiek zamawiający dokładnie opisał poszczególne podkryteria - to i tak pozostawiały one pełny zakres dowolności oceny, z braku oznaczenia precyzyjnych mierników koniecznej dywersyfikacji ocen, za które nie można było uznać nieostrego pojęcia „popelnienia przez wykonawcę błędu”. Trudno byłoby też zakładać, iż poszczególni członkowie komisji przetargowej - dobranej w celu przeprowadzenia oceny całkowitej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej - mieliby wysoce specjalistyczne umiejętności - dotyczące prawa autorskiego, pozwalające na porównywalną ocenę ofert w omawianym kryterium.

Poza cenowe kryteria oceny ofert, powinny zostać tak dobrane, aby w jak największym stopniu miały charakter mierzalny - eliminujący tym samym, oceny subiektywne i arbitralne.

Z powyższych względów zarzut odnoszący się do kryteriów oceny ofert, podlegał uwzględnieniu.

W odniesieniu do zarzutów z punktu II odwołania, dotyczących ustalonych warunków udziału, w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, biorąc pod uwagę, że odwołujący cofnął stawiane zarzuty ze względu, że dokonane przez zamawiającego zmiany ogłoszenia oraz SIWZ w tym zakresie uznał za wystarczające, nie zachodziła potrzeba merytorycznego ich rozpatrzenia.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność zarzutów naruszenie zasad postępowania określonych art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 3 ustawy Pzp i art. 5 ust. 1 i 2 tej ustawy. Przywoływany przepis art. 29 ust. 1 ustawy pozostawał bez związku z zarzutami odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający będzie zobowiązany dokonać zmian ogłoszenia oraz postanowień SIWZ opisanych wyrokiem, przy zachowaniu spójności postanowień w odniesieniu do całości dokumentacji. Zamawiający może również na nowo ukształtować kryteria oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 2b) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w

sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....