

Sygn. akt: KIO 805/11

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Aneta Młacka
Izabela Niedziałek Bujak

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Spółek: Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider/pełnomocnik) oraz Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy Sp.k., z siedzibą dla lidera 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53

w postępowaniu prowadzonym przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21

przy udziale wykonawcy Wardyński i Wspólnicy Sp. k., 00-478 Warszawa, Al. Ujazdowski 10 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

przy udziale wykonawcy Skoczyński Wachowiak Strykowski Kancelaria Prawna Sp. k., 61-707 Poznań, ul. Libelta 26/2 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Domański Zakrzewski Palinka Sp. k., Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk&Mikulski Sp. k., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Spółek: Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider/pełnomocnik) oraz Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy Sp.k., z siedzibą dla lidera 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 **zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Spółek: Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider/pełnomocnik) oraz Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy Sp.k., z siedzibą dla lidera 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Spółek: Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider/pełnomocnik) oraz Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy Sp.k., z siedzibą dla lidera 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53 na rzecz Głównego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 kwotę 3 600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 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 (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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołujący Konsorcjum Spółek: Radzikowski, Szubielska i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie (lider/pełnomocnik) oraz Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy Sp.k. uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę prawną projektu „Rozwój systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym (budowa centralnego systemu do automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym)” realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet VIII Bezpieczeństwo transportu i krajowe sieci transportowe. Działanie 8.1 Bezpieczeństwo ruchu drogowego (znak sprawy: BFK 23-11/11). prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego, w odwołaniu wniesionym dnia 15.04.2011 r. zarzucił Zamawiającemu podjęcie czynności niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych tj.

- błędną ocenę oferty konsorcjum: Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. w Warszawie (lider), Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. („DZP/SM”),
- przyjęcie, że oferta Kancelarii Skoczyński Wachowiak Stryjowski Kancelaria Prawna Sp. k. („SWS”) nie podlega odrzuceniu, względnie błędną ocenę oferty tego wykonawcy,
- zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

Wniósł o:

- 1/ odrzucenie oferty SWS, ewentualnie dokonanie powtórnej oceny oferty z uwzględnieniem wskazanych w odwołaniu zastrzeżeń
- 2/ dokonanie ponownej oceny oferty Konsorcjum DZP/SM,
- 3/ uznanie oferty Odwołującego się wykonawcy za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że jego oferta uzyskała po ocenie punktowej w Kryteriach oceny ofert trzecie miejsce. Jego zdaniem oferta najkorzystniejsza została błędnie oceniona i winna otrzymać w wyniku ponownej oceny ofert mniejszą niż przyznana liczbę punktów, a kolejna oferta winna podlegać odrzuceniu lub na zasadzie żądania ewentualnego - otrzymać mniejszą niż przyznana w ocenie ofert liczbę punktów.

Uzasadniając zarzuty w stosunku do dwóch kolejnych ofert wskazał:

1. Oferta SWS

Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty SWS z następujących przyczyn:

- 1.1 Brak spełniania warunków udziału w postępowaniu

W celu wykazania spełniania warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt VI 8 siwz) należało wykazać doświadczenie w realizacji usług doradztwa polegającego na

wykonaniu co najmniej (i) jednej usługi opracowania projektu ustawy lub co najmniej (ii) 2 usług opracowania projektu rozporządzenia. Wymóg ten miał na celu zapewnienie udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają wiedzę doświadczenie z zakresu techniki prawodawczej oraz procesu legislacyjnego w Rządzie lub w Parlamencie. Zamawiający zgodnie z wyjaśnieniem w piśmie z 23.02.2011 r. wymogiem tym objął również doświadczenie w zakresie (iii) opracowania projektu ustawy o zmianie ustawy lub rozporządzenia o zmianie rozporządzenia, a także (v) opracowanie treści poprawek do projektu ustawy lub rozporządzenia (brzmienia konkretnych przepisów) zgłoszonych w toku prac legislacyjnych np. jako ekspert lub konsultant.

SWS w treści oferty jako doświadczenie wskazało ustne konsultacje na posiedzeniach Komisji Infrastruktury oraz podkomisji nadzwyczajnej w zakresie opinii do rządowego projektu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (strona 45 oferty SWS, punkt 8 tabeli). Z treści pisma Komisji Infrastruktury Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 maja 2010 r. (strona 61 oferty SWS) wynika, że Pan Bartosz Wachowiak, wykonywał ustne konsultacje na posiedzeniach Komisji Infrastruktury oraz podkomisji nadzwyczajnej w zakresie opinii do rządowego projektu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych uczestnicząc w dwóch posiedzeniach Komisji w dniu 18 marca 2010 r. oraz 5 maja 2010 r. i wypowiedział się ustnie podczas posiedzenia w dniu 5 maja 2010 r. Kilkudzaniowa wypowiedź (o treści przytoczonej za Biuletynem Biura Komisji Sejmowych) dotyczyła prawa materialnego regulowanego omawianą ustawą.

W ocenie Odwołującego wypowiedź ta nie może per se stanowić potwierdzenia doświadczenia SWS w zakresie techniki prawodawczej czy też procesu legislacyjnego wymaganego w treści siwz. Ponadto Zamawiający na potwierdzenie warunków określonych powyżej wymagał od wykonawcy złożenia dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie (punkt VI 12.1 siwz). Z treści pisma Komisji Infrastruktury Sejmu RP z dnia 5 maja 2010 r. nie wynika, iż usługi na rzecz komisji zostały wykonane należycie.

Wg odwołującego wskazane doświadczenie w pkt 8 tabeli nie może zostać przez Zamawiającego uznane jako spełniające kryterium wskazane w punkcie VI.8 1 siwz, albowiem nie polegało na: (i) opracowaniu projektu ustawy, (ii) opracowaniu projektu ustawy (iii) opracowaniu projektu ustawy o zmianie ustawy lub rozporządzenia o zmianie rozporządzenia, ani też (v) opracowaniu treści poprawek do projektu ustawy lub rozporządzenia (brzmienia konkretnych przepisów) zgłoszonych w toku prac legislacyjnych.

Również doświadczenie wskazane w pkt 1-7 tabeli nie może zostać uznane jako spełniające kryterium wskazane w punkcie VI.8 1 siwz, albowiem doświadczeniem tym legitymuje się osoba tj. pani Izabela S. zatrudniona przez odrębny podmiot, a w treści oferty SWS wskazana jako ekspert współpracujący z SWS na podstawie oświadczenia o udostępnieniu zasobów (strona 127 oferty SWS).

Odwołujący wskazał, że pani Izabela S. jest zatrudniona w Spółce PLL Lot S.A i na rzecz tej Spółki świadczyła wymienione usługi w ramach obowiązków pracowniczych. Odwołujący powołał się na Opinię Prezesa UZP (Informatorze UZP nr 1/2010) r. wskazując, że przy wykazywaniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy PZP koniecznym jest utworzenie konsorcjum z udostępniającym albo jego dodatkowy udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Z uwagi na to, że Zamawiający w tym Postępowaniu wykluczył udział podwykonawców, dla faktycznego legitymowania się wiedzą i doświadczeniem Pani S. przez SWS koniecznym byłoby zawiązanie Konsorcjum z PLL Lot S.A., a doświadczenie Pani S. zdobyte w ramach funkcjonowania jako pracownik PLL Lot S.A. jest doświadczeniem tego podmiotu. Podkreślił, że dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia i nie jest dopuszczalne posługiwanie się referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia.

Powyższe oznaczają, iż w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia i tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu w powyższym przypadku konieczne byłoby wspólne przystąpienie do przetargu SWS oraz pani Izabeli S. w rozumieniu art. 23 PZP. co oznaczałoby też solidarną odpowiedzialność tychże podmiotów względem Zamawiającego. SWS oraz pani Izabela S. nie przystąpili jednak wspólnie do zamówienia.

Tym samym doświadczenie wskazane w wykazie usług w punktach 1-7 tabeli nie może zostać uznane jako spełniające z pkt VI.8 1 siwz, a wniosek o odrzucenie oferty SWS przez Zamawiającego jest uzasadniony.

1.2 Błędna ocena oferty SWS

W razie nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie oferty Odwołujący wniósł o ponowne dokonanie oceny oferty SWS uzasadniając go, jak niżej.

Zgodnie z treścią punktu XII 5.1. siwz, w ramach kryterium „Doświadczenie” Zamawiający za każdą dodatkową usługę opracowania projektu ustawy lub za każde dodatkowe 2 usługi opracowania projektu rozporządzenia przyznawał 2 punkty, lecz nie więcej niż 4 punkty.

SWS jako doświadczenie w powyższym zakresie wskazała doświadczenie posiadane przez eksperta współpracującego z SWS na podstawie oświadczenia o udostępnieniu zasobów - panią Izabelę S. Ponieważ wykluczono możliwość powierzenia wykonania zamówienia w całości lub w części podwykonawcy, stąd Zamawiający nie powinien przyznać SWS 4 (czterech) punktów z tytułu spełniania kryterium opisanego w punkcie XII 5.1. siwz.

Ponadto SWS w celu wykazania spełniania kryterium określonego w punkcie XII.6.2 d) siwz, wskazał osobę pana prof. dr hab. Marka Szewczyka oraz wymienił publikacje książkowe z zakresu prawa budowlanego (strona 110 oraz 111 oferty SWS).

Odwołujący zauważył, iż publikacje wymienione w punkcie 1 oraz 2 stanowią dwa wydania tego samego podręcznika wydanego przez Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej pt. „Podstawowe instytucje planowania przestrzennego i prawa budowlanego” i w celu dokonania oceny nie powinny być osobno punktowane.

Zgodnie z treścią punktu XII 6.2.d) tiret 3 ekspert ds. prawa budowlanego winien legitymować się autorstwem lub współautorstwem co najmniej dwóch publikacji książkowych z zakresu prawa budowlanego. Dodatkowy jeden punkt wykonawca mógł otrzymać za co najmniej 2 kolejne pozycje książkowe. Tymczasem pozycje wskazane w punkcie 4 oraz 5 tabeli tj. „Prawo energetyczne wobec wyzwań liberalizacji”. Warszawa 2008 oraz „Powierzchnie sprzedaży obiektów handlowych i jej obecnego znaczenia prawnego” nie są pozycjami z zakresu prawa budowlanego.

Mając na uwadze powyższe wedle oceny odwołującego Zamawiający winien przydzielić SWS za dysponowanie ekspertem z dziedziny prawa budowlanego 3 punkty w miejsce 4 punktów.

Mając na uwadze powyższe, w przypadku gdyby oferta SWS nie podlegała odrzuceniu Zamawiający powinien przydzielić SWS 80,15 punktów w miejsce 85,15 punktów.

2. Oferta Konsorcjum DZP/SM

Odwołujący wnosi o ponowne dokonanie oceny oferty Konsorcjum DZP/SM uzasadniając, jak poniżej.

Zgodnie z pkt XII 5.1. siwz, w ramach kryterium „Doświadczenie” Zamawiający za każdą dodatkową usługę opracowania projektu ustawy lub za każde dodatkowe 2 usługi opracowania projektu rozporządzenia przyznawał 2 punkty, lecz nie więcej niż 4 punkty.

W treści oferty Konsorcjum DZP/SM wskazało usługę opracowania Raportu zawierającego ocenę funkcjonowania systemu konsultacji społecznych rządowych projektów ustaw, a następnie opracowanie normatywnych zmian tego systemu, które będą miały na celu zapewnienie pełniejszej partycypacji obywateli i przedsiębiorstw w procesie tworzenia prawa. Konsorcjum wskazało, że wykonywanie usługi jest w toku oraz że integralnym elementem usługi jest przygotowanie 5 projektów ustaw. (oferta Konsorcjum strona 198 oraz 199).

Konsorcjum DZP/SM nie wskazało czy w ramach w/w usługi w terminie poprzedzającym złożenie ofert, poza raportem przygotowało konkretny projekt ustawy lub projekt ustawy o zmianie ustaw) lub treść poprawek do projektu ustawy (brzmienie konkretnych przepisów), które byłyby zgłoszone w toku prac legislacyjnych. Informacja taka nie znalazła się również w treści referencji udzielonych przez podmiot na rzecz którego DZP świadczy usługi tj. BCC. Referencje wskazują, iż powołani eksperci uczestniczą w określonym Projekcie, którego przedmiotem jest przygotowanie projektów nowelizacji ustaw. Referencje nie wskazują jednak, że eksperci wskazani w ich treści przygotowali nowelizacje ustaw, jak również

referencje te nie wskazują, czy usługi takie zostały wykonane należycie. (list referencyjny z dnia 9 marca 2011 r., oferta Konsorcjum strona 206).

Jeżeli takie konkretne czynności nie zostały wykonane przed złożeniem oferty wówczas Zamawiający nie powinien przyznać Konsorcjum 2 (dwóch) punktów.

Ponadto Konsorcjum DZP/SM w celu wykazania spełniania kryterium określonego w punkcie XII.6.2 d) siwz, wskazał osobę pani dr Anny S. oraz wymienił publikacje książkowe, których autorem lub współautorem jest wskazany ekspert. Zgodnie z treścią punktu XII 6.2.d) tiret 3 ekspert ds. prawa budowlanego winien legitymować się autorstwem lub współautorstwem co najmniej dwóch publikacji książkowych z zakresu prawa budowlanego. Tymczasem w pozycjach wskazanych w ofercie Konsorcjum tylko jedna spełnia powyższe kryterium tj. pozycja pt. „Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego. Uwarunkowania. Bariery. Perspektywy”, Warszawa 2009. Pozostałe pozycje wskazane w treści oferty nie są to publikacje książkowe z zakresu prawa budowlanego tylko z innych dziedzin prawa administracyjnego tj. prawa planowania przestrzennego, prawa ustrojowego.

(oferta Konsorcjum DZP SM strona 266).

Odwołujący stwierdził, że planowanie przestrzenne jest dziedziną z zakresu prawa administracyjnego odrębną od prawa budowlanego.

Zauważył, że Zamawiający w zakresie swoich wymagań rozróżnił eksperta z zakresu prawa administracyjnego dając możliwość przedstawienia w ramach oferty w tym zakresie ekspertów z różnych dziedzin prawa administracyjnego materialnego, w tym z dziedziny planowania przestrzennego. Zamawiający w ramach swoich wymagań wyodrębnił jednak eksperta z zakresu prawa budowlanego, co pozwala wnioskować, że Zamawiający oczekuje wsparcia co do obszaru związanego ściśle z procesem budowlanym/ inwestycyjnym. Planowanie przestrzenne jakkolwiek poprzedza proces budowlany nie jest jego elementem. Również w systematyce dziedzin administracyjnego prawa materialnego prawo budowlane oraz prawo związane z planowaniem przestrzennym traktuje się rozłącznie.

Mając na uwadze powyższe w ocenie odwołującego z uwagi na nie spełnienie kryteriów określonych w punkcie XII.6.2 d) siwz Zamawiający nie powinien uwzględniać w ocenie powyższego eksperta.

Ponadto Konsorcjum DZP/SM w celu wykazania spełniania kryterium określonego w punkcie XII.6.2 c) siwz. wskazał osobę pani dr Hanny G. oraz wymienił publikacje książkowe, których autorem lub współautorem jest wskazany ekspert. Zgodnie z treścią punktu XII 6.2.C) tiret 3 ekspert ds. prawa karnego winien legitymować się autorstwem lub współautorstwem co najmniej dwóch publikacji książkowych z zakresu prawa wykroczeń lub prawa karnego. Dodatkowy jeden punkt wykonawca mógł otrzymać za co najmniej 2 kolejne pozycje książkowe. Tymczasem wedle oceny Odwołującego Konsorcjum wskazało tylko trzy pozycje spełniające w/w kryteria. Pozycja pt. „Praworzędność i jej gwarancje” nie jest pozycją

książkową w rozumieniu siwz tj. (komentarz, podręcznik, poradnik). Pozycja ta stanowi opracowanie, w którym zamieszczono przemówienia i wykład inauguracyjny a także teksty referatów konferencyjnych i wystąpienia uczestników paneli dyskusyjnych., wygłoszone w trakcie uroczystości otwarcia Piętnastych Ogólnopolskich Dni Prawniczych, zorganizowanych przez Zrzeszenie Prawników Polskich - oddział w Bydgoszczy w 2008 r. w Bydgoszczy.(www.naukowa.pl Prawo-konstytucyjne.9kl,293515ks). Ponadto przedmiotem w/w opracowania nie jest prawo karne lub prawo wykroczeń. Zgodnie z opisem konferencji koncentrowała się ona wokół następujących zagadnień: „Prawo do rzetelnego procesu”; „Rola Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Rzecznika Praw Obywatelskich w realizacji zasady praworządności”; „Krajowe i międzynarodowe gwarancje praworządności”; „Standardy dobrej legislacji”.(<http://www.naukoMa.pi> Prawo-konstytucyjne.9kl/,293515ks).

Opracowania tego nie można uznać za pozycję książkową z zakresu prawa karnego lub prawa wykroczeń.

Kolejna pozycja wskazana w dorobku eksperta ds. prawa karnego tj. „Etyka zawodów prawniczych”, H.Izdebski (red) Lexis Nexus 2006 nie jest również pozycją książkową z zakresu prawa karnego lub prawa wykroczeń.

Mając na uwadze powyższe oceny Odwołującego Zamawiający winien przydzielić Konsorcjum DZP/SM za dysponowanie ekspertem z dziedziny prawa karnego 3 punkty w miejsce 4 punktów.

Łącznie Zamawiający powinien przyznać Konsorcjum DZP/SM ocenę o 7 (siedem) punktów niższą niż przedstawiona zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2011 r. tj. Zamawiający powinien przydzielić Konsorcjum DZP/SM 84,25 punktów w miejsce 91,25 punktów.

Przystępujący do postępowania po stronie odwołującego Wardyński i Wspólnicy sp. k., W-wa podzielił opinię odwołania o zawyżonej punktacji dwóch ofert oraz stwierdził, że zamawiający naruszył art. 91 ust.1 ustawy przyznając ofertom punkty niezgodnie z ustalonymi zasadami, nieprecyzyjny był sposób oceny spełniania kryteriów w zakresie sposobu realizacji zamówienia (XII 7 siwz) oraz wartości technicznej (XII 8 siwz) uniemożliwiający wykonawcom dokonanie weryfikacji przyznanych punktów w tych kryteriach, a przystępujący oczekiwał, że w informacji o wyniku postępowania wyjaśniony zostanie przyjęty przez zamawiającego sposób oceny.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że wymóg dotyczący wiedzy i doświadczenia sformułowany w specyfikacji został uzupełniony wyjaśnieniami w piśmie z dnia 23 lutego 2011 r. Stwierdził, że nie wymagał sporządzenia pisemnych projektów aktów

prawnych. Dopuszczał także czynności zgłoszenia poprawek legislacyjnych, w tym też uwzględnił doświadczenie pana Bartosza Wachowiaka. Stwierdził również, że za przesądzające uznał doświadczenie pani Izabeli S., która złożyła oświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b deklarując uczestnictwo we współpracy.

Wskazał na treść referencji udzielonych pani Izabeli S. przez PLL LOT potwierdzających doświadczenie w zakresie legislacji (str. 57).

Odnosząc się do zarzutów dotyczących eksperta Marka Szewczyka wskazał, że publikacje z pozycji 1 i 2 o jednakowym tytule zostały wydane kolejno w roku 1997 i 1999, a druga publikacja uwzględniła liczne zmiany prawa budowlanego uchwalone w latach 1997-1998. Zauważył, że w SIWZ w pkt 12.6 wymagał w punkcie 2 dysponowania ekspertami w określonych obszarach wymienionych w punktach a-e, w tym w zakresie publikacji w tych obszarach. Natomiast w pkt 6.3 wskazał na dodatkową punktację za dodatkowe publikacje bez wymogu publikacji z konkretnej dziedziny prawa. Zauważył przy tym, że również w ofercie odwołującego przedstawiono publikacje spoza obszaru wskazanej dziedziny prawa jako dodatkowe publikacje.

Stwierdził że nie przyznawał punktów za usługi wykonywane na rzecz BCC. Oświadczył, że określenie w punkcie 12.6.2 d „w obszarze prawa budowlanego” rozumie szeroko, w tym z uwzględnieniem planowania przestrzennego. Uzasadniając to stanowisko wskazał jednocześnie na przedmiot zamówienia.

Przystępujący DZP przyłączył się do argumentacji zamawiającego, w tym w zakresie rozumienia wymogu doświadczenia w obszarze prawa budowlanego. Stwierdził przy tym, że nawet przy wąskim rozumieniu prawa budowlanego jest ono ściśle skorelowane z zagadnieniem zagospodarowania przestrzennego. Stwierdził, że publikacje wg eksperta pani Hanny G. zostały prawidłowo ocenione; wykazano dwie publikacje z zakresu prawa karnego oraz trzy publikacje podlegające dodatkowej punktacji (za 2 lub więcej – jeden punkt).

Przystępujący SWS podzielił argumentację zamawiającego stwierdzając, że wykazał posiadanie doświadczenia i odesłał do treści oświadczenia eksperta pani S. Zauważył, że współpraca z ekspertem nie musi być prowadzona w formie podwykonawstwa. Wskazał, że publikacje w pozycji 1 i 2 autorstwa pana Szewczyka z 1997 i 1999 są odrębnymi publikacjami, mimo tożsamości tytułu, różnymi co do treści ze względu na zmiany ustawowe, posiadają odrębny ISBN.

Uwzględniając stan faktyczny sprawy ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności postanowień specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, treści ofert złożonych przez wykonawców oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i toku rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Izba uznaje, że odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w wykazywaniu naruszeń przez zamawiającego naruszeń ustawy, gdyż w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów odwołania realne stałoby się uzyskanie przez niego przedmiotowego zamówienia publicznego.

W zawiadomieniu z dnia 6 kwietnia 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający poinformował o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. w Warszawie (lider), Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. przyznając jej łącznie 91,25 punktów, w tym za cenę 19,68, doświadczenie 12, potencjał kadrowy 24, sposób realizacji 20,43 i wartość techniczną 15,14.

Oferta odwołującego otrzymała 84,46 pkt, a w poszczególnych kryteriach kolejno jw.: 19,18, 10, 22, 19,71, 13,57. Kolejna kwestionowana oferta (SWS) otrzymała 85,15 pkt łącznie, a w poszczególnych kryteriach: 20, 14, 24, 15,86 oraz 11,29. Oferta Wardyński i wspólnicy sp. k. otrzymała 80,20 pkt, w tym 17,77, 10, 24, 15,57, oraz 12,86. Wskazując powyższe wyniki stwierdził, że oferty uzyskały liczbę punktów zgodnie z odpowiednim wzorem/postanowieniami siwz.

Zamawiający nie odrzucił żadnej z czterech złożonych ofert ani nie wykluczył z postępowania żadnego z wykonawców. W konsekwencji uwzględnienia zarzutów odwołania oferta odwołującego otrzymałaby najwyższą liczbę punktów.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podniesionych w stosunku do dwóch ofert złożonych przez konkurujących wykonawców sklasyfikowanych w rankingu oceny ofert na pierwszym i drugim miejscu, Izba stwierdza, co następuje.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie oferty Skoczyński Wachowiak Strykowski Kancelaria Prawna Sp. k. odwołujący wskazuje na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt VI 8.1 siwz, zgodnie z którym należało wykazać doświadczenie w realizacji usług doradztwa polegającego na wykonaniu co najmniej jednej usługi opracowania projektu ustawy lub co najmniej 2 usług opracowania projektu rozporządzenia. Zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego w piśmie z 23.02.2011 r., stanowiącym integralną część siwz, wymóg ten uznać należało za spełniony również w razie opracowania „projektu ustawy o zmianie ustawy lub rozporządzenia o zmianie rozporządzenia, a także opracowania treści poprawek do projektu ustawy lub rozporządzenia (brzmienia konkretnych przepisów) zgłoszonych w toku prac legislacyjnych np. jako ekspert lub konsultant”. Biorąc pod uwagę wskazany wymóg w zakresie warunku

udziału w postępowaniu w świetle przedstawionych czynności określonych jako ustne konsultacje na posiedzeniach Komisji Infrastruktury oraz podkomisji nadzwyczajnej w zakresie opinii do rządowego projektu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (strona 45 oferty SWS, punkt 8 tabeli), co zostało potwierdzone pismem Komisji Infrastruktury Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 maja 2010 r. (strona 61 oferty SWS), w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, jakkolwiek wykonawca wykazał doświadczenie Pana Bartosza Wachowiaka z zakresu procesu legislacyjnego w charakterze konsultanta, brak jest dowodu na opracowaniu przez tę osobę projektu aktu prawnego lub jego części w postaci brzmienia konkretnych przepisów tj w sposób określony w siwz. Tym samym doświadczenie w pkt 8 tabeli oferty SWS nie może zostać przez Zamawiającego uznane jako potwierdzające spełnienie warunku udziału.

Natomiast doświadczenie wskazane w pkt 1-7 tabeli Izba uznaje jako spełniające kryterium wskazane w punkcie VI.8 1 siwz, zważywszy, że wykazane czynności wraz z referencjami pani Izabeli S. potwierdzają doświadczenie tej osoby w zakresie opracowania projektów ustaw oraz rozporządzeń. Fakt, iż osoba ta wykonała opisane prace w ramach stosunku pracy nie daje podstaw do negowania uzyskanego przez nią „w ramach obowiązków służbowych” doświadczenia. Izba uznała za potwierdzone spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazane na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, biorąc pod uwagę, że wykonawca wskazał, iż polega na wiedzy i doświadczeniu pani Izabeli S. i jednocześnie przedstawił pisemne oświadczenie wskazanej osoby o udostępnieniu doświadczenia i wiedzy zdobytych w związku z opracowaniem projektów ustaw i rozporządzeń oraz jej zobowiązanie do uczestniczenia w realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie składu orzekającego korzystanie z zasobów doświadczenia i wiedzy podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia stanowiącego usługi tj. na etapie wykonywania umowy może się odbywać w różnych formach nie wykluczając nawiązania stosunku pracy, zlecenia lub innych form współpracy i nie musi przybrać charakteru podwykonawstwa, nie dopuszczonego w niniejszym postępowaniu, rozumianego zgodnie z pkt X.12 siwz jako powierzenie wykonania zamówienia w całości lub części. Należy przy tym zauważyć, że podwykonawstwo nie jest instytucją prawnie zdefiniowaną, a jej wskazanie w prawie materialnym wskazuje, że dotyczy z zasady robót budowlanych (por. art. 647¹ kodeksu cywilnego). W zakresie usług będących przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie wykonywanie czynności przez osobę udostępniającą doświadczenie nie oznacza również obowiązku składania oferty wspólnej, w rozumieniu art. 23 ustawy, z udziałem tej osoby lub podmiotu, na rzecz którego wskazana osoba wykonywała pracę. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że wykonawca potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu zauważając jedynie na marginesie, że odmienne rozstrzygnięcie nie skutkowałoby odrzuceniem oferty, o co wnosił odwołujący, lecz wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odnosząc się do zarzutów błędnej oceny oferty „SWS” poprzez przyznanie punktacji w kryterium „Doświadczenie” za opracowania projektów aktów normatywnych zgodnie z treścią punktu XII 5.1. siwz, Izba uznaje wobec stwierdzenia dopuszczalności uwzględnienia doświadczenia pani S., zasadność przyznania punktów za wykazane usługi opracowania projektów ustaw i rozporządzeń.

Ponadto skład orzekający uznaje za poprawną ocenę w kryterium określonym w punkcie XII.6.2 d) siwz, gdzie wykonawca wskazał osobę pana prof. dr hab. Marka S. oraz wymienił publikacje książkowe z zakresu prawa budowlanego (strona 110 oraz 111 oferty SWS). Izba uznaje za wiarygodne twierdzenie zamawiającego i uczestnika, iż publikacje wymienione w punkcie 1 oraz 2 stanowiące kolejne wydania podręcznika wydanego przez Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej pt. „Podstawowe instytucje planowania przestrzennego i prawa budowlanego” w latach 1997 i 1999 stanowią odrębne, mimo tożsamości tytułów, publikacje książkowe o odrębnym ISSN, a drugie z kolei wydanie zawiera szereg nowych treści uwzględniających poważne nowelizacje ustawy prawo budowlane dokonane w 1998 r. Tym samym wskazane publikacje potwierdzają, że wymieniony ekspert legitymuje się wymaganym „autorstwem lub współautorstwem co najmniej dwóch publikacji książkowych z zakresu prawa budowlanego”. Po przeanalizowaniu treści pkt XII. 6.2 oraz 6.3 skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, że punktacje dodatkowe za dodatkowe publikacje, o których mowa w pkt 6.3 nie muszą być tematycznie związane bezpośrednio z obszarem prawa wymienionym w pkt 6.2, jako że jedynie w pkt 6.2 wymagano autorstwa publikacji „z wyżej wymienionego zakresu”. Natomiast w w pkt 6.3 nie stawiano wymogu co do zakresu publikacji.

Odnosząc się do zarzutów oferty Konsorcjum DZP/SM wobec potwierdzenia, że usługa na rzecz BCC nie była uwzględniana przy ocenie doświadczenia i nie przyznano za nią punktów, zarzut jest bezprzedmiotowy.

Ponadto Konsorcjum DZP/SM w celu wykazania spełniania kryterium określonego w punkcie XII.6.2 d) siwz, wskazało osobę pani dr Anny S. oraz wymieniło publikacje książkowe, których autorem lub współautorem jest wskazany ekspert. Zgodnie z treścią punktu XII 6.2.d) tiret 3 ekspert ds. prawa budowlanego winien legitymować się autorstwem lub współautorstwem co najmniej dwóch publikacji książkowych „w obszarze prawa budowlanego”. Poza sporem jest publikacja „Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego. Uwarunkowania. Bariery. Perspektywy”, Warszawa 2009, natomiast odwołujący kwestionuje pozostałe pozycje, w szczególności z zakresu prawa planowania przestrzennego jako nie mieszczące się w obszarze prawa budowlanego, lecz należące do zakresu prawa administracyjnego. Niesporne jest, że ustawa o planowaniu i

zagospodarowaniu przestrzennym stanowi odrębny od ustawy – Prawo budowlane akt normatywny. Zawarte w tych ustawach regulacje przesądzą o zasadności zaliczenia ich do gałęzi prawa jaką jest prawo administracyjne. Analizując treść wymogu doświadczenia potwierdzonego publikacjami książkowymi w obszarze prawa budowlanego skład orzekający uznaje za uzasadnione stanowisko, że obszar prawa budowlanego może być interpretowany szerzej niż literalne zapisy ustawy Prawo budowlane, czyli z uwzględnieniem całości regulacji procesu inwestycyjnego. Zrozumiałe jest, że podjęcie robot budowlanych wymaga uprzedniego podjęcia szeregu czynności i przeprowadzenia procedur, z których niektóre jak projektowanie czy pozwolenia na budowę znajdują prawną podstawę w ustawie – Prawo budowlane, te jednak muszą być poprzedzone działaniami unormowanymi w przepisach z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego, w tym np. decyzją o warunkach zabudowy czy decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. W istocie związek funkcjonalny kolejnych czynności planowania, projektowania, realizacji i utrzymania obiektów jest nierozłączny, co uprawnia zaliczenie ich do obszaru prawa budowlanego rozumianego jako gałąź prawa, dla której normy prawne zawarte są również w innych, niż ustawa – Prawo budowlane aktach prawnych.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby biorąc pod uwagę treść kryteriów określonych w punkcie XII.6.2 d) siwz Zamawiający mógł uwzględnić w ocenie powyższego eksperta.

Odnosnie oceny punktowej przyznanej za dodatkowe publikacje eksperta pani dr Hanny G. Izba w konsekwencji wskazanej wyżej interpretacji pkt XII 6.3 siwz wskazującej, że punktacje dodatkowe za dodatkowe publikacje, o których mowa w pkt 6.3 nie muszą być tematycznie związane bezpośrednio z obszarem prawa wymienionym w pkt 6.2, jako że jedynie w pkt 6.2 wymagano autorstwa publikacji „z wyżej wymienionego zakresu”, natomiast w pkt 6.3 nie stawiano wymogu co do zakresu publikacji, uznaje zarzut odwołania za nieuzasadniony i stwierdza, że zamawiający prawidłowo i na zasadach zgodnych z tym postanowieniem siwz przyznał punkty w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniając jako uzasadniony koszt zamawiającego poniesiony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie nie wyższej niż dopuszczalna stosownie do postanowień § 3 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....