

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Członkowie:

Magdalena Grabarczyk

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2021 r. przez wykonawcę **S. K. i Wspólnicy Sp. K., ul. Bagatela 10/3, 00-585 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce**

przy udziale:

A.wykonawcy **B. Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy Spółka Partnerska, ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.wykonawcy **Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny, ul. Jagiellońska 27/13, 03-719 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

C.wykonawcy **Kancelaria Radców Prawnych C. i Partnerzy Sp. p., Al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

D.wykonawcy **S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów, ul. Narutowicza 12, 70-240 Szczecin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Orzeka

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutu 4 lit. b) odwołania z powodu jego wycofania przez odwołującego

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie:

2a. zarzutu z pkt 3.2 OPZ i nakazuje zamawiającemu jego zmianę wraz z odpowiednią zmianą treści postanowień § 8 pkt 4-8 projektu wzoru umowy

2b. zarzutu z pkt 2 lit b i w tym zakresie nakazuje zamawiającemu wskazanie okoliczności, kiedy i przez jaki okres nieobecność Lidera zespołu/koordynatora w siedzibie zamawiającego, będzie usprawiedliwiona zaistniałymi okolicznościami.

2c. zarzutu nr 5 pkt a) i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany dotychczasowej treści pkt. 8.2.b.1.a Tomu I SWZ i ustalenie warunku doświadczenia koordynatora/Lidera zespołu na okres min 12 miesięcy.

3.W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4.Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500, 00 (siedem tysięcy pięćset) złotych, i:

4a. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 500,00 (cztery tysiące pięćset) złotych tytułem zwrotu 3/5 kosztu wpisu od odwołania

4b. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1440,00 (jeden tysiąc czterysta czterdzieści) złotych tytułem zwrotu 2/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn.. akt KIO 935/21

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Obsługa prawna Oddziału GDDKiA w Kielcach” o nr: ocds-148610-ca00af63- 8645-11 eb-86bl -a64936a8669f.

Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2021/BZP 00019387/01 zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.03.2021 r. oraz na platformie zakupowej zamawiającego pod adresem: gddkia.eb2b.com.pl.

Postępowanie znajduje się na etapie udostępnienia wykonawcom treści SWZ. Jeden z wykonawców - Sienna K. i Wspólnicy Sp. K., ul. Bagatela 10/3, 00-585 Warszawa, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie od postanowień treści SWZ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż uznał je za niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.), zwanej dalej również „k.c.” w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 19a ust. 5 pkt 4 lit. b tiret piąte i art. 106j ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 z późn. zm.) oraz § 1 pkt 2 i § 5 pkt 2 lit b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) wyrażające się w wykorzystaniu pozycji dominującej Zamawiającego, polegające na ustanowieniu w OPZ i umowie takiego mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z którym Wykonawca zawsze zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie tych kosztów przedkładając wystawioną na Zamawiającego fakturę VAT

a)w sytuacji, gdy Izba zasądzi te koszty na rzecz Zamawiającego, a koszty zostaną wyegzekwowane, Zamawiający zapłaci ich sumę Wykonawcy lecz wartość wynagrodzenia brutto uzyskanego przez Wykonawcę z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO pomniejszy wartość brutto najbliższej faktury Wykonawcy z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, co w istocie spowodować będzie do obniżenia należnego Wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego w tytułu świadczonej usługi bieżącej obsługi prawnej mimo jej należytego wykonania oraz w sposób niedozwolony modyfikuje bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa podatkowego w przedmiocie momentu powstania zobowiązania podatkowego;

b)w sytuacji, gdy Izba nie zasądzi tych kosztów na rzecz zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie do

dokonania „korekty” faktury, ku czemu przepisy prawa podatkowego nie dają podstaw, gdyż okoliczność taka nie może być przyczyną „korekty”, a co więcej, czynić będzie nie polegającym na prawdzie oświadczanie pełnomocnika składanego przed Izbą o poniesieniu przez jego mocodawcę kosztów zastępstwa procesowego.

2) naruszenie przepisu art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 ustawy Pzp wyrażające w wykorzystaniu pozycji dominującej Zamawiającego, polegające na ustanowieniu wymagania, aby Lider/Koordynator zespołu radców prawnych/adwokatów Wykonawcy pełnił dyżury prawne w siedzibie Zamawiającego codziennie co najmniej przez 4 godziny obok innego członka Personelu Kluczowego, co stanowi:

a) zbyt daleko idącą ingerencję w sposób organizacji pracy przez Wykonawcę, zwłaszcza, że zgodnie z postanowieniem § 3 ust. 4 wzoru Umowy to Wykonawca odpowiada za jakość, terminowość i zgodność z obowiązującymi przepisami prawnymi czynności wykonywanych w ramach Umowy, kierując do wykonania zamówienia wymagany przez Zamawiającego Personel Kluczowy, a obecność lub brak obecności Lidera/Koordynatora codziennie w siedzibie Zamawiającego nie jest czynnikiem decydującym, czy mającym na celu zapewnić należyłą jakość realizowanych usług, skoro i tak tylko jeden członek zespołu (poza Liderem/Koordynatorem), a nie każdy z nich, ma być dostępny w siedzibie Zamawiającego danego dnia, przy jednoczesnej, pełnej dostępności zdalnej - co wskazuje, że należała koordynacja realizacji umowy odbywać się będzie i tak w sposób w większości zdalny (przez porozumiewanie się Lidera/Koordynatora w sposób zdalny z zespołem),

b) zbyt daleko idącą ingerencję w sposób organizacji pracy przez Wykonawcę, narzucając mu wręcz niemożliwe do spełnienia wymagania (konieczne do spełnienia przez cały, 36 miesięczny okres świadczenia usługi), nie uwzględniające jakiegokolwiek możliwości zastępstwa Lidera/Koordynatora inną osobą przy świadczeniu codziennego, co najmniej 4 godzinnego dyżuru w siedzibie Zamawiającego (nawet w wypadku urlopu, choroby czy innych organizacyjnych losowych zdarzeń);

3) naruszenie przepisu art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 ustawy Pzp wyrażające w wykorzystaniu pozycji dominującej Zamawiającego, polegające na ustanowieniu arbitralnego prawa Zamawiającego do wyrażania lub niewyrażania zgody na świadczenie usługi w formie pracy zdalnej, bez wskazania ku temu żadnych obiektywnych i weryfikowalnych kryteriów oraz bez uwzględnienia trybu pracy pracowników Zamawiającego i Wykonawcy oraz chociażby panującej sytuacji epidemicznej oraz bez żadnego trybu odwoławczego;

4) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia co do zakresu świadczonej pomocy prawnej, wyrażające się w:

a) możliwości powierzenia Wykonawcy świadczenia pomocy prawnej w zakresie spraw nie wymienionych wprost w OPZ, jeżeli „charakter tych spraw dotyczy działalności Zamawiającego w zakresie zagadnień związanych z działalnością wewnątrznych komórek organizacyjnych i odpowiada kwalifikacjom oraz uprawnieniom Wykonawcy” (TOM III SWZ - OPZ pkt 2.2.), bez jakiegokolwiek sprecyzowania przede wszystkim przedmiotu tej pomocy prawnej oraz jej zakresu, w tym czasowego,

b) braku oszacowania w dokumentach zamówienia liczby: opinii pisemnych, stanowisk pisemnych, spotkań poza siedzibą Zamawiającego, zastępstw procesowych, zastępstw przed KIO, chociażby na podstawie danych historycznych oraz planowanych oraz zrealizowanych dotychczas inwestycji

- co nie pozwala Wykonawcy na pełne zidentyfikowanie obowiązków do których wykonywania zobowiązany będzie w toku realizacji umowy oraz nie pozwala na należyte wyszacowanie kosztów realizacji zamówienia, a przez to złożenie konkurencyjnej i należytej sporządzonej oferty;

5) art. 112 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez ustanowienie nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania przez Lidera/Koordynatora radców prawnych/adwokatów Wykonawcy doświadczenia zawodowego przez min. 24 miesiące jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonych lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w sytuacji, gdy czas na jaki zawierana jest umowa wynosi 36 miesięcy;

a) a rękojmię należytego wykonania zamówienia może dawać Wykonawca dysponujący osobą skierowaną do realizacji zamówienia jako Lider/Koordynator posiadającą 12 miesięczne doświadczenie w podanym wyżej zakresie i czas ten pozwala na zdobycie niezbędnych kompetencji i doświadczenia do realizacji umowy z Zamawiającym,

b) i wymagania doświadczenia zawodowego osoby skierowanej do wykonania zamówienia w proporcji ¾ do czasu przez jaki świadczona ma być usługa jawi się jako rażące ograniczenie konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) wprowadzenia do dokumentów zamówienia postanowienia zgodnie z którym: „Niezależnie od wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający zapłaci Wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie w wysokości kosztów zastępstwa procesowego:

1) jako kwotę brutto zasądzonych na rzecz Zamawiającego lub jemu przyznanych, jeśli pełna kwota zastępstwa procesowego została wyegzekwowana od strony przeciwnej w okresie trwania umowy. Płatność następować będzie na podstawie faktury VAT wystawianej raz w miesiącu w ostatnim dniu miesiąca, do której załączony będzie wykaz zasądzonych i wyegzekwowanych kwot zastępstw procesowych;

2) jako kwotę 3.600 zł brutto na podstawie faktury VAT przedkładanej w Krajowej Izbie Odwoławczej” wraz z wymaganym przepisami prawa oświadczeniem.”

oraz dostosowania dokumentacji postępowania do tego postanowienia,

b) usunięcie wymagania w zakresie obowiązkowego, codziennego świadczenia przez Lidera/Koordynatora dyżuru w siedzibie Zamawiającego oraz wprowadzenie do dokumentów zamówienia postanowień, zgodnie z którymi:

„Wykonawca świadczyć będzie usługę osobiście lub przy pomocy innych wskazanych przez Wykonawcę osób spełniających warunki wskazane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”,

„Usługi realizowane będą przez pełnienie dyżuru w siedzibie Zamawiającego w następujący sposób: 5 razy w tygodniu w dni robocze po 8 godzin dziennie - tj. 40 godzin w tygodniu, w godzinach pracy Zamawiającego 7:30-16:15. Szczegółowe godziny obecności Wykonawcy lub poszczególnych osób skierowanych do realizacji

zamówienia zostaną określone w harmonogramie, który zostanie pisemnie uzgodniony przez Strony w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy”,

„ Wykonawca skieruje niezbędną ilość radców prawnych/adwokatów spełniających wymagania określone w SWZ do pełnienia dyżurów prawnych w siedzibie Zamawiającego w ilości 40 godzin tygodniowo, pięć razy w tygodniu w dni robocze tj. od poniedziałku do piątku po 8 godzin dziennie (co najmniej jedna osoba jednego dnia) oraz zapewni dostępność zdalną tych osób, które nie świadczą danego dnia dyżuru w siedzibie Zamawiającego, w tym z wykorzystaniem kwalifikowanego podpisu elektronicznego”

oraz dostosowania dokumentacji postępowania do ww. postanowień,

c) dokonania zmiany § 4 ust. 2 zdanie ostatnie Tomu II SWZ - PPU przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „Dopuszczalna jest możliwość wykonywania usługi w formie pracy zdalnej, zgodnie z potrzebami Oddziału, co uwarunkowane będzie organizacją pracy Zamawiającego lub Wykonawcy z determinowaną okolicznościami związanymi z panującą sytuacją epidemiczną.”,

d) dokonania zmiany TOMU III SWZ - OPZ przez:

-określenie w pkt 2.2 przedmiotu oraz maksymalnego zakresu, w tym czasowego opisanego tam przedmiotu pomocy prawnej, który jako dodatkowy będzie mógł zostać zlecony Wykonawcy, ze wskazaniem również formy takiego zlecenia, oraz sposobu rozliczenia oraz z zastrzeżeniem, że powierzenie takiego, dodatkowego zakresu możliwym będzie z co najmniej 2 tygodniowym wyprzedzeniem,

-określenie w OPZ szacunkowej liczby: opinii pisemnych, stanowisk pisemnych, spotkań poza siedzibą Zamawiającego, zastępstw procesowych, zastępstw przed KIO, sporządzonej na podstawie danych historycznych oraz planowanych oraz zrealizowanych dotychczas inwestycji,

e) dokonania zmiany pkt 8.2.b.1.a Tomu I SWZ (warunek dot. doświadczenia Lidera/Koordynatora) przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonych lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC”,

2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów podał, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem społecznym o wartości wyższej niż 130.000 zł a niższej niż równowartość kwoty 750 000 euro. Zgodnie więc z przepisem art. 359 pkt 2 ustawy Pzp do tego typu zamówień stosuje się co do zasady przepisy właściwe dla zamówień klasycznych, o wartości mniejszej niż progi unijne. Wobec tego, w postępowaniu będą miały zastosowanie m.in. przepisy Działu IX ustawy Pzp. Tym samym, ustawa Pzp przewiduje możliwość kierowania środków ochrony prawnej w postępowaniach na usługi społeczne.

Nadto dodać należy, że odwołujący na etapie posiedzenia poinformował, że w związku z częściowym uwzględnieniem podniesionego w pkt 1 lit. b) dotyczącego nieprawidłowej oraz niezgodnej z przepisami prawa konstrukcji mechanizmu zwrotu na rzecz Wykonawcy kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, Zamawiający dokonał stosownej zmiany treści SWZ w celu wyeliminowania podniesionego przez Odwołującego problemu z koniecznością korekty faktury wystawionej na potrzeby złożenia wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego przed KIO zarzutu postanowił wycofać ten zarzut. Jednakże odwołujący uznała, że brak jest w tym zakresie uwzględnienia wskazanego zarzutu, gdyż działania zamawiającego stanowią działania pozorne, a nie rozwiązującego problem objęty zarzutem.

W zakresie zarzutu obejmującego mechanizm zwrotu kosztów zastępstwa procesowego zamawiającego przed KIO wskazał, że zgodnie z pkt 3.2 OPZ „3.2.1. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie z tytułów kosztów zastępstwa procesowego, zasądzonych na rzecz zamawiającego lub przyznanych zamawiającemu w ugodzie lub postępowaniu egzekucyjnym, przy czym nie zwalnia to pełnomocnika z obowiązku składania wniosku o zwrot na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu sądowym lub przed innym organem, np. KIO.

Zgodnie z 3.2.2. Obowiązkiem Wykonawcy jest występowanie do sądu lub innych organów orzekających z wnioskami o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości co najmniej sumy stawki minimalnej przewidzianej dla danej wartości przedmiotu sporu albo rodzaju sprawy określonej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. W przypadku zastępstwa przed KIO Wykonawca ma obowiązek występowania do KIO z wnioskiem o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z zasadami właściwymi dla postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W przypadku, gdy Wykonawca, składając przed KIO wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa, przedłożył fakturę wystawioną na zamawiającego opiewającą na te koszty zastępstwa procesowego, a KIO zasądziło na rzecz zamawiającego te koszty - strona przegrywająca wzywana jest do zapłaty kosztów zasądzonych na konto GDDKiA, i po wpływie ww. kosztów na konto GDDKiA - GDDKiA zapłaci Wykonawcy za fakturę opiewającą na koszty zastępstwa procesowego. Zamawiający zapłaci Wykonawcy koszty zastępstwa procesowego tylko w przypadku wcześniejszego otrzymania ww. kosztów od strony przegrywającej. Wartość wynagrodzenia brutto uzyskanego przez Wykonawcę z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO pomniejsza wartość brutto najbliższej faktury Wykonawcy z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego.

W przypadku gdy Wykonawca składając przed KIO wniosek o zasądzenie ww. kosztów przedłożył fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego, a KIO nie zasądziło na rzecz Zamawiającego tych kosztów - Wykonawca dokona stosownej korekty faktury.”.

Odnosząc się do powyższego podał, że Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) w § 1 pkt 2 reguluje szczegółowe rodzaje kosztów postępowania odwoławczego oraz limit kosztów poniesionych na wynagrodzenie oraz wydatki pełnomocnika, a także szczegółowe warunki ponoszenia kosztów oraz sposób ich rozliczania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Biorąc pod uwagę, że ww. Rozporządzenie m.in. zasady zwrotu kosztów poniesionych na wynagrodzenie lub wydatki pełnomocnika, wniosek o zasądzenie tych kosztów, musi być składany wraz z rachunkiem lub spisem kosztów (§ 5 pkt 2 lit b). Złożenie więc wniosku o zasądzenie przez Izbę od strony przeciwnej kosztów zastępstwa procesowego równoznaczne jest więc z oświadczeniem o ich poniesieniu, czego podstawą jest właśnie wspomniany, składany rachunek lub spis.

Jak wynika z powyższego, pomimo, że zamawiający pozbawił Wykonawcę uprawnienia do otrzymania kwoty zasądzonej na rzecz zamawiającego tytułem zastępstwa procesowego, zobligował go do każdorazowego składania przed Izbą faktury VAT opiewającej na takie wynagrodzenie, a tym samym i oświadczenia, że koszty wynagrodzenia pełnomocnika zostały przez Zamawiającego poniesione w danej kwocie. Takie postanowienia OPZ są sprzeczne z przepisami ww. Rozporządzenia.

Ustanowiony przez Zamawiającego mechanizm rozliczenia kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą pozbawia też de facto Wykonawcę (w wypadku zasądzenia na rzecz Zamawiającego i wyegzekwowania kosztów) części prawa do wynagrodzenia ryczałtowego z tytułu świadczonej pomocy prawnej zmuszając Wykonawcę do obniżenia należności z tego tytułu za dany miesiąc stwierdzanej w fakturze miesięcznej. Takie postępowanie nie będzie jednak zgodne z przepisami prawa podatkowego, w zakresie w jakim szafować ono będzie uregulowanym w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa podatkowego momentem powstania zobowiązania podatkowego oraz

w zakresie w jakim tworzyć będzie fikcję, iż kwota wskazana w fakturze miesięcznej jest faktycznym, miesięcznym wynagrodzeniem wykonawcy z tytułu bieżącej obsługi prawnej. Co więcej, taki sposób rozliczeń może potencjalnie doprowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której z uwagi na fakt, iż kwota kosztów wyegzekwowanych w danym miesiącu przewyższy wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne, Wykonawca zobowiązany będzie do zwrotu Zamawiającemu części tych kosztów. Należy też zwrócić uwagę, że powyższy mechanizm jest równie wadliwy w wypadku, w którym Izba nie zasądzi na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego. W takim wypadku, pomimo złożenia faktury wraz z oświadczeniem, że Zamawiający poniósł stwierdzone w niej koszty zastępstwa, Wykonawca będzie zobowiązany do dokonania „korekty” faktury, która nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach podatkowych. Co już wspomniano, zamawiający niejako zmuszać też będzie Wykonawcę do składania niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia w zakresie poniesienia przez zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego zbytniej ingerencji zamawiającego w sposób organizacji pracy Zespołu Kluczowego podał, że zgodnie z pkt 2.4 OPZ zamawiający ustalił harmonogram pracy zespołu radców prawnych w siedzibie zamawiającego, a nadto zobowiązał do uczestnictwa w posiedzeniach i rozprawach w miejscach wyznaczonych przez sądy, KIO, prokuraturę, organy administracji publicznej lub samorządowej oraz udziału w spotkaniach i wizjach lokalnych - w miejscach wskazanych przez zamawiającego np.: w siedzibie lub biurze Wykonawcy, Robót, Projektanta lub Nadzoru, w miejscu prowadzenia konsultacji społecznych itp. Nadto w pkt 2.7 akapit 2 OPZ postanowił, że w przypadku, gdy Radca Prawny/Adwokat, w danym dniu nie pełni dyżuru prawnego w siedzibie zamawiającego winien być dostępny dla zamawiającego telefonicznie lub poprzez pocztę elektroniczną w godzinach, w których pełniony jest dyżur.

Takie ustalenia są zbyt daleko posuniętą ingerencją w sposób organizacji pracy wykonawcy. Ponadto wskazał, że wymaganie w postaci obowiązkowego, codziennego dyżuru Koordynatora/Lidera w siedzibie Zamawiającego jawi się jako niepoddyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego oraz zbyt daleko ingerujące w sposób realizacji zamówienia. Podkreślił, że wymaganie codziennego dyżuru Lidera/Koordynatora (przez cały, 36 miesięczny okres realizacji umowy) jest też o tyle nieproporcjonalne, że nie uwzględnia jakiegokolwiek przerwy, podyktowanej chociażby urlopem, chorobą czy innymi organizacyjnymi i losowymi wydarzeniami, do której zapewnienia, niezależnie od formy prawnej relacji z osobą zaangażowaną do realizacji zamówienia zobowiązany będzie Wykonawca. Tego typu przerwy, nie mające przecież charakteru trwałego, a raczej incydentalny, nie muszą być przecież bynajmniej połączone z koniecznością „wymiany” tej osoby na inną, posiadającą co najmniej identyczne doświadczenie.

W kolejnym zarzucie odnoszącym się do arbitralności decyzji o zdalnym świadczeniu usługi podkreślił, że zgodnie z § 4 ust. 2 zdanie ostatnie Tomu II SWZ dopuszczalna jest możliwość wykonywania usługi w formie pracy zdalnej, zgodnie z potrzebami Oddziału, jednakże każdorazowo wymagana jest jednak zgoda osoby wskazanej w § 3 ust. 12 tj. koordynatora po stronie zamawiającego. Odnosząc się do powyższego wymagania zauważył, że zastrzeżenie możliwości świadczenia usługi w sposób zdalny jedynie do arbitralnej decyzji koordynatora umowy po stronie zamawiającego, bez żadnego odniesienia się w umowie do obowiązującej sytuacji faktycznej (choćby epidemicznej) lub sposobu organizacji pracy u zamawiającego albo bez uzależnienia wyrażenia tej zgody od wystąpienia przytoczonych okoliczności jawi się jako naruszenie zasady równości strony stosunku zobowiązaniowego oraz nadużycie pozycji dominującej zamawiającego przy kształtowaniu postanowień wzoru umowy. Co tym bardziej uzasadnia powyższe stwierdzenie to fakt, że od wspomnianej decyzji, umowa nie przewiduje żadnej możliwości odwoławczej, chociażby do Dyrekcji Oddziału zamawiającego, organizacyjnie właściwej do zarządzania zamawiającym.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu - doświadczenie Koordynatora podał, że zgodnie z pkt 8.2.b.1.a Tomu I SWZ Wykonawca zobowiązany jest w ramach warunku udziału w postępowaniu wykazać dysponowanie osobą skierowaną do realizacji zamówienia w charakterze Lidera/Koordynatora który posiada minimum 24 miesięczne doświadczenia zawodowego jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonych lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Zwrócić jednak należy uwagę, że zamówienie opiewa na 36 miesięczne świadczenie usługi, w ramach której Wykonawca nie będzie zobowiązany świadczyć pomocy prawnej jedynie w związku z inwestycjami realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC (których Zamawiający realizował łącznie 7 w horyzoncie ostatnich 5 lat). Co więcej, opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że spory zakres obsługi prawnej realizowanej na rzecz Zamawiającego nie będzie miała żadnego związku z kontraktami FIDIC. Koniecznym jest też podkreślenie, że w poprzednim postępowaniu na tożsamą usługę, Zamawiający nie referował do doświadczenia obsłudze kontraktów FIDIC, a wykonawca który został wtedy wybrany należyście realizuje przedmiotowe zamówienie (skoro zamawiający wszczyna nowe postępowanie wobec dobiegającej końca dotychczasowej umowy).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło 4 wykonawców tj. Brillaw Kancelaria Radców Prawnych M. & Partnerzy Spółka Partnerska, ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny, ul. Jagiellońska 27/13, 03-719 Warszawa, Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., Al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa, S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów, ul. Narutowicza 12, 70-240 Szczecin. Wszyscy podwykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnicy postępowania. Zaznaczyć należy, że tylko dwóch pełnomocników przystępujących stawilo się na rozprawę w KIO, tj. Kancelaria Prawna T. S. oraz Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy. Przystępujący prezentowali stanowiska zbieżne z zarzutami i żądaniami odwołania, dlatego też w całości poparli stanowisko odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że w ocenie zamawiającego, argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego postępowania. Dlatego też zamawiający stoi na stanowisku, że odwołanie jako nie odnoszące się w żaden sposób do prawidłowo wykonanych przez zamawiającego czynności, powinno zostać oddalone. Odnosząc się do zarzutów odwołania, dotyczących m.in. nieuzasadnionego potrzebami zamawiającego zorganizowania czasu pracy personelu kluczowego czy arbitralności zamawiającego w podejmowaniu decyzji w zakresie ewentualnego świadczenia przez Wykonawcę pracy zdalnej na rzecz zamawiającego, a także nie jednoznacznego i nieprecyzyjnego sformułowania OPZ, należy podkreślić, że odwołujący chyba nie zna specyfiki Oddziału. Nadto odwołujący chyba zapomniał, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i ma prawo podejmować decyzje co do kształtu i zakresu usługi świadczonych przez Wykonawcę. Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzeczenie KIO zgodnie z którym - Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania w taki sposób, który

pozwole mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć (wyrok KIO z 18 marca 2019r., sygn. akt KIO 358/19).

Natomiast w zakresie zarzutu odnoszącego się do wymagań stawianych przez zamawiającego w zakresie Personelu kluczowego, podkreślił, że zgodnie z art. 116 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego Wykonawcy lub osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiając realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Oznacza to, że warunki udziału w postępowaniu służą podmiotowej ocenie Wykonawców. Określenie ich, czyli doprecyzowanie adekwatnie do wartości i zakresu konkretnego przedmiotu zamówienia, a następnie weryfikacja należą do zamawiającego czyli gospodarza postępowania. W ramach zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający dokonuje opisu konkretnych warunków udziału w postępowaniu. Dotyczy to zarówno niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, jak i potencjału technicznego wykonawcy. Wybór opisu sposobu spełniania warunku należy do zamawiającego, by ten zapewnił najlepszą jakość realizacji przedmiotowego zamówienia. Podkreślił, że każdy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy opisać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danego postępowania, w szczególności z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i specyfikacji rynku, do którego zamówienie jest skierowane. Zasada proporcjonalności nakazuje postawienie wymagań adekwatnych do okoliczności danej sprawy tj. uzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zamówienia, a także aby nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania (zob. Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2021 r. sygn. akt 33/21).

Reasumując zarzuty dotyczącego postawionych warunków udziału stwierdził, że nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, aby zamawiający nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia określił warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do funkcji Koordynator/Lider Zespołu, wymagając posiadania przez niego min. 24 miesięcy doświadczenia w stałej obsłudze prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Odwołujący planując złożyć Ofertę w niniejszym postępowaniu powinien zapoznać się ze specyfiką działalności Zamawiającego oraz powinien mieć na uwadze, że Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jako zarządca dróg krajowych i autostrad, realizuje wszystkie inwestycje drogowe w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Podkreślił, że biorąc pod uwagę aktualne inwestycje drogowe realizowane przez zamawiającego, jak również inwestycje planowane do realizacji na okres obowiązywania umowy będącej przedmiotem zamówienia, obniżenie wymogu doświadczenia na 12 m-cy w ocenie zamawiającego nie daje rękojmi należytego wywiązania się przez wykonawcę z umowy, a wręcz w świetle posiadanego przez zamawiającego doświadczenia może narazić Skarb Państwa na straty.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowo sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazuje na treść udzielonych w dniu 23.03.2021 r. odpowiedzi na zadane przez Wykonawców pytania, informujące o ilości zastępstw procesowych przez KIO, ilości spraw aktualnie toczących się przed sądami oraz ilości spraw sądowych, które odbyły się w okresie ostatnich 36 miesięcy, itd.

Należy zauważyć, że informacje udzielone na wniosek Wykonawców w istocie nie uszczegóławiają OPZ, ponieważ dotyczą minionych 36 miesięcy, tj. okresu, w którym obowiązywała inna umowa, inny OPZ i wszystkie podane informacje dotyczyły realizowanych we wskazanym okresie 7 Kontraktów. Nie można z wyprzedzeniem ustalić liczby spraw przed sądami, roszczeń wykonawców, które mogą wpłynąć i z kolei nie muszą zakończyć się arbitrażem, ustalić liczby odwołań przed KIO. Każdy Kontrakt jest inny i jego przebiegu Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć. Z doświadczeń Zamawiającego wynika, że bywały zarówno realizacje kontraktów bez zakłóceń, zakończone w terminie umownym, jak i Kontrakty, w których po zakończeniu, odbiorze i przekazaniu do użytkowania wpłynęło roszczenie. Dlatego też niemożliwym dla zamawiającego jest na obecnym etapie wskazanie poprzez podanie w OPZ liczby wizji lokalnych, czy też sporządzanych opinii o które wnioskuje Odwołujący, a także szczegółowo ustalić zakres obowiązków Wykonawcy realizującego Umowę na obsługę prawną Oddziału GDDKiA.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest co do części zarzutów zasadne, gdyż uwzględnione zarzuty mają oparcie w obowiązujących przepisach prawa.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ z załącznikami, a także stanowiska stron i przystępujących przedstawione w pismach i dowodach złożonych na rozprawie wraz z argumentacją zawartą do treści protokołu rozprawy.

Przed dokonaniem merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba zwraca uwagę na niezasadność przywoływania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawy prawnej art. 5 kodeksu cywilnego. Niesporym zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w zakresie prawa cywilnego jest fakt, że przepis ten w gałęzi prawa cywilnego jest przepisem wyjątkowym i szczególnym, a tym samym winien być przywoływany przez strony tylko w wyjątkowych okolicznościach. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jawi się jako okoliczność szczególna, gdzie przepis art. 5 kc powinien znaleźć zastosowanie. Na poparcie tego stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdzie w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zdaniem Izby taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego, a w szczególności jako podstawy prawnej dla uwzględnienia odwołania.

Kolejną kwestią wymagającą omówienia, jest fakt wielokrotnego powoływania się w treści odpowiedzi na odwołanie, przez zamawiającego, na jego uprawnienie, jako gospodarza postępowania do samodzielnego – wydaje się „nieskrępowanego” ustalenia warunków, jakie winien spełnić wykonawca, aby mógł wziąć udział w postępowaniu, a także sposobu jego wykonywania i rozliczania. Podkreślić należy, że postępowanie jest prowadzone według przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku. W nowej Pzp wprowadzono szereg rozwiązań służących zrównoważeniu pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zmiany te mają na celu nie tylko ograniczenie jednostronnego kształtowania umów przez zamawiających oraz przerzucania nieproporcjonalnych ryzyk kontraktowych na wykonawców, ale także wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania i następnie ewaluacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nowa Pzp statuuje w art. 431 Pzp obowiązek realizacji zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów obu stron umowy wyrażające się w podniesionej do rangi zasady, obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy. Jednakże ustawa nie precyzuje na czym to współdziałanie miałoby konkretnie polegać. W takiej sytuacji należy odnieść się wprost do uregulowań art. 354 § 1 i 2 k.c., który określa zasady współpracy stron i dążenie do ich równowagi w danym stosunku zobowiązaniowym. W tym zakresie przywołać należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, gdzie SN uznał, że „Według art. 354 § 2 k.c. przy wykonywaniu zobowiązania powinien z dłużnikiem współdziałać wierzyciel. Każdy z nich obowiązany jest baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonywanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub utrudniało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy”.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że zamawiający tworząc dokumenty zamówieniowe winien skupić się na postawieniu takich warunków udziału i zasad wykonywania zamówienia, aby z jednej strony nie naruszając praw przedsiębiorców do możliwości brania udziału w postępowaniu, a z drugiej strony spowodował takie warunki realizacji zamówienia, aby było możliwe pełne współdziałanie stron podczas realizacji zamówienia.

Izba zauważa, że istotnym elementem przy odwołaniach na treść SWZ mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest w nowej ustawie przepis art. 554 ust.6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści*. Powyższe brzmienie przepisu w zakresie zakazu możliwości nakazywania zamawiającemu wprowadzania do umowy określonych treści jest postanowieniem nieostrym, nie wskazującym jakich materii postępowania może to dotyczyć, czy tylko dokonywania zmian w samej umowie, czy też w treści SWZ, które w rezultacie także skutkują potrzebą wprowadzenia takich zmian do umowy. Zauważyć należy, że postanowienia wzoru umowy mają odniesienie wprost do treści SWZ i załączników. Gdyby przyjąć powyższe drugie ograniczenie to odwoływanie się przez wykonawców od treści SWZ byłoby skutkowo iluzoryczne, a także wątpliwe proceduralnie, gdyż Izba uznając zasadność zarzutu nie mogłaby nakazać zmiany treści umowy, a co najwyżej wskazać kierunek tych zmian. Taki kierunek rozstrzygnięcia odwołań według Izby, stałby w sprzeczności z ugruntowanym orzecznictwem zarówno sądów – w tym Sądu Najwyższego, co do sposobu formułowania sentencji orzeczenia. SN w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15) SN stwierdził, iż „Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu”. Taki stan rzeczy wynika także z treści przepisu art. 559 ust.2 Pzp, który określa jakie elementy, mające wpływ na konkretne rozstrzygnięcie Izby, winny znaleźć odzwierciedlenie w treści uzasadnienia. Zdaniem Izby tylko procedura wydawania jasno sprecyzowanych stanowisk w sentencji orzeczenia, wskazana także w ww. uchwale SN likwiduje stany niepewności zarówno wykonawców dążących do zaspokojenia swojego interesu, jak i zamawiających, dla których uzyskanie orzeczenia wyczerpująco rozstrzygającego powstały spór ma także duże znaczenie. Zdaniem Izby przepis art. 554 ust.6 Pzp winien być stosowany na zasadzie wyjątku od uprawnienia Izby do szerokiego i pełnego procedowania we wszystkich w sprawach wym. w art. 513 Pzp.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności zarzutu pierwszego, dotyczącego wykorzystaniu przez zamawiającego pozycji dominującej, polegającej na braku wypłacania wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zasądzonych i wyegzekwowanych kosztów zastępstwa prawnego przed organami orzekającymi w tym i KIO, odwołujący podkreślał, że pomimo tego, iż zamawiający zapłaci wykonawcy takie koszty, to jednak w ostateczności pomniejszy o wypłaconą kwotę brutto, wysokość najbliższej faktury wykonawcy z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za wykonywanie usługi.

Zamawiający wnosząc o oddalenie tego zarzutu podnosił, że potrzeba takiego sposobu rozliczania się z wykonawcą, wynikała z przeprowadzonego w GDDKiA audytu, w którym zostało uznane, iż nie jest możliwe wypłacanie wykonawcy uzyskanych w wyniku jego reprezentacji zamawiającego przed organami orzekającymi dodatkowych kwot, poza kwotą wynagrodzenia ryczałtowego za miesiąc świadczenia usługi. Stwierdził, że nie jest dopuszczalne takie gospodarowanie środkami publicznymi, że świadczący usługę prawną będzie dwukrotnie otrzymywał wynagrodzenie w ramach tej samej umowy. Nadto stwierdził, że wypłacanie dodatkowego wynagrodzenia stanowiłoby naruszenie ustawy o finansach publicznych (ufp) oraz stanowiłoby występki z ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (uondfp), nie wskazując konkretnych przepisów, które takim działaniem byłyby naruszone.

Izba przedmiotowy zarzut uwzględniła. Oceniając powyższe stwierdziła, że kierunek ustalonego przez zamawiającego sposobu rozliczenia wykonawcy, jest niewłaściwy. Umowa o świadczenie usług prawnych, jako szczególny rodzaj umowy zlecenia jest rzeczywiście typowym przykładem umowy starannego działania, to znaczy przyjmujący zlecenie nie ponosi odpowiedzialności w stosunku do swego mocodawcy za wynik podejmowanych przez siebie działań, lecz za należyłą staranność, jakiej dołożył przy wykonywaniu obowiązków. Tym samym istotą wynagradzania przy tego rodzaju umowach jest uzyskanie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu nadzwyczajnej staranności wykonawcy zakończonej uzyskaniem pozytywnego rozstrzygnięcia sporu dla zamawiającego. Kwestie to mają uregulowania ustawowe i tak przykładowo ustawa o radcach prawnych statuuje prawo do uzyskiwania dodatkowego wynagrodzenia w oparciu o przepis art 22⁴. Zgodnie z treścią przepisu art. 22⁴ ust. 2 ustawy o radcach prawnych „radca prawny jest uprawniony do dodatkowego wynagrodzenia w wysokości nie niższej niż 65% kosztów zastępstwa sądowego zasądzonych na rzecz strony przez niego zastępowanej lub jej przyznaných w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu zagranicznym lub w postępowaniu egzekucyjnym, jeżeli koszty te zostały ściągnięte od strony przeciwnej. W państwowych jednostkach sfery budżetowej wysokość i termin wypłaty wynagrodzenia określa umowa cywilnoprawna”. W kwestii tej stanowisko zajmowała wielokrotnie Komisja Etyki i Wykonywania zawodu Krajowej Izby Radców Prawnych, która w stanowisku z dnia 9 września 2019 roku uznała, że wymieniony powyżej przepis statuuje prawo nabywania dodatkowego wynagrodzenia przez radcę prawnego oraz charakteryzuje rodzaj tego wynagrodzenia. *Przed wszystkim wspomniany przepis konstytuuje dwie przesłanki uprawniające do nabycia dodatkowego wynagrodzenia: zasądzenie kosztów zastępstwa sądowego na rzecz strony*

zastępowanej lub przyznanych jej w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu lub postępowaniu egzekucyjnym oraz ściągnięcie tychże kosztów od strony przeciwnej. W przedmiotowym stanowisku Komisji Etyki wskazano również, że wynagrodzenie dodatkowe ma charakter motywacyjny i warunkowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający ustalił, że w razie zasądzenia i wyegzekwowania od strony przeciwnej kosztów zastępstwa zamawiającego przed organem orzekającym w tym i KIO, to zamawiający wypłaci wykonawcy uzyskane wynagrodzenie, ale wykonawca pomniejszy o kwotę wynagrodzenia wysokość miesięcznej faktury za usługę, czyli *de facto* zwróci zamawiającemu uzyskaną kwotę dodatkowego wynagrodzenia, współfinansując tym samym działalność zamawiającego. Jeszcze bardziej radykalnym rozwiązaniem w który zamawiający nadużywa swojej pozycji, jako gospodarza postępowania jest postanowienie z § 8 pkt 8 projektu umowy, w który ustala, że „*W przypadku gdy Wykonawca składając przed KIO wniosek o zasądzenie ww. kosztów przedłożył fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego, a KIO nie zasądziło na rzecz Zamawiającego tych kosztów – Wykonawca dokona stosownej korekty faktury*”.

W takiej sytuacji następowałoby naruszenie charakteru wiążącej strony umowy jako umowy starannego działania, a zmierzałoby do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Przechodząc do stanowiska zamawiającego w tym zakresie, Izba nie znajduje podstaw prawnych do uznania stanowiska zamawiającego o rzekomych ustaleniach audytora w zakresie dodatkowego wynagrodzenia radców prawnych/adwokatów i wnioskach skierowanych w tym zakresie do zamawiającego. Po pierwsze, żadnych dowodów na piśmie w tym zakresie zamawiający nie przedstawił, a nadto po drugie, zamawiający nie wskazał, a Izba nie znajduje podstaw prawnych dla przyjęcia iż wypłata wykonawcy uzyskanych od strony przeciwnej kosztów zastępstwa stanowiłaby naruszenie ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity Dz. U z 15 lutego 2021 roku poz. 289).

Podkreślić należy, że cena wykonania zamówienia podana w ofercie wynika wprost z opisu zakresu przedmiotu zamówienia oraz zasad wykonywania usługi, jakie ustali w SWZ zamawiający. Niewątpliwym jest, że w przedmiotowym stanie faktycznym wykonawcy w kalkulują w cenę oferty przewidywaną ilość zastępstw zamawiającego przed organami orzekającymi i związany z tym wzrost obowiązków wykonawcy i przewidywane z tym zmniejszenia kwoty miesięcznych faktur. Co w konsekwencji może być mniej korzystne dla zamawiającego od stanu, kiedy zamawiający wypłacałby na ogólnych i czytelnych zasadach kwoty wynagrodzenia dodatkowego z tytułu zastępstwa procesowego zamawiającego.

Również w zakresie tego zarzutu odwołujący podnosił, że zamawiający w ramach tego postępowania w sposób niezrozumiały oczekuje wielokrotnie większego zaangażowania ilości radców/adwokatów, niż to miało miejsce w poprzednich postępowaniach (gdzie np. w postępowaniu wszczętym w 2014 roku oczekiwane było zaangażowanie tylko 1 prawnika). Zgodnie z § 4 pkt 2 założeń umownych dyżur prawny, pełniony będzie codziennie od poniedziałku do piątku (z wyjątkiem dni wolnych od pracy), przez łącznie co najmniej 2 osoby (przez 8 godzin dziennie) Nadto dyżur Lidera/Koordynatora nie może być krótszy niż 4 godzinny dziennie. Pełnienie dyżuru prawnego polega na stałej obecności odpowiedniej liczby osób personelu w siedzibie Zamawiającego. Nadto w pkt 6 ustalili, że w przypadku, gdy Radca Prawny/Adwokat, w danym dniu nie pełni dyżuru prawnego w siedzibie zamawiającego winien być dostępny dla zamawiającego telefonicznie lub poprzez pocztę elektroniczną w godzinach, w których pełniony jest dyżur. Tak więc *de facto* dziennie czterech prawników będą oddelegowane do pracy u zamawiającego, co niewątpliwie będzie generowało dodatkowe koszty zawarte w cenie oferty. Izba nie znajduje w tym zakresie działania zamawiającego naruszającego przepisy prawa. Zamawiający ma prawo wymagać, aby określona ilość osób realizowała zamówienie, pod warunkiem, że ma to uzasadnienie potrzebą zamawiającego.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania, a także obostrzenia co do formułowania treści sentencji orzeczenia z przepisu art. 554 ust.6 Pzp Izba uznaje i wskazuje zamawiającemu zasadność przyjęcia rozwiązania, powszechnie stosowanego na rynku usług prawnych tj. wypłaty po spełnieniu ustawowych wymagań odnoszących się dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy z tytułu uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy, bądź jednoznacznego stwierdzenia, że wykonawcy takie dodatkowe wynagrodzenie nie przysługuje.

Natomiast w zakresie zarzutu i żądania co do obowiązku codziennej obecności Lidera/koordynatora zespołu w siedzibie zamawiającego w wymiarze co najmniej 4 godz. dziennie (częściowo omówionego powyżej) Izba oddala zarzut w tej części, gdyż mimo, iż takie wymaganie wydaje się być nadmierne to jednak mieści się w ramach dopuszczalnych uregulowań umownych. Podobnie również dotyczy kwestia zarzutu o potrzebie odmiennego uregulowania możliwości świadczenia pracy zdalnej. Otóż Izba uznaje, że na obecnym etapie przedwczesne jest ustalanie, iż taka potrzeba uregulowania wynika między innymi z sytuacji covidowej. Niewątpliwym, zdaniem Izby jest fakt, że to zamawiający ma prawo ustalenia czy wykonywana przez wykonawcę usługa winna być wykonywana tylko stacjonarnie, czy też może być świadczona naprzemiennie, poprzez włączenie możliwości świadczenia pracy zdalnej.

W kolejnym zarzucie z pkt 2 lit b odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu wskazanie okoliczności, kiedy i przez jaki okres nieobecność Lidera zespołu/koordynatora w siedzibie zamawiającego, będzie usprawiedliwiona zaistniałymi okolicznościami. Izba przedmiotowy zarzut uwzględniła uznając, że wykonawca ma prawo wiedzieć w jakiej sytuacji i po jakim okresie nieobecności Lidera/Koordynatora zespołu, będzie musiał przedstawić inną osobą na to stanowisko. Podkreślić należy, że nie jest zasadne stanowisko zamawiającego który stwierdził, że o potrzebie zastępstwa Lidera zespołu będzie decydował w zależności od zaistniałej sytuacji. Niewątpliwie ma do tego prawo. Jednakże należy także przyznać rację wykonawcy, iż niezbędne jest dla prawidłowej organizacji pracy określenie przez zamawiającego sytuacji, kiedy nieobecność Lidera będzie uznana za usprawiedliwioną, a nadto wskazania, że np. w po okresie dwutygodniowej nieobecności Lidera będzie wymagane przedstawienie zamawiającego innej osoby na to stanowisko. Niedopuszczalną byłaby sytuacja, kiedy zamawiający takiej zamiany oczekiwałby „z dnia na dzień”, nie pozostawiając wykonawcy czasu na znalezienie odpowiedniej osoby dedykowanej na stanowisko Lidera zespołu.

Zarzut trzeci został oddalony przez Izbę z argumentacji po części omówionej powyżej. Nadto Izba uznała, że brak jest podstaw na obecnym etapie stwierdzania przez Izbę, iż wskazany w projekcie postanowień umownych sposób zezwalania wykonawcy na pracę zdalną, może być konfliktogenny gdyż w SWZ nie ustalono możliwości odwołania się wykonawcy od decyzji zamawiającego. Wskazać należy, że decydem w tym zakresie będzie dyrektor Oddziału GDDKiA lub wyznaczony pracownik. Niezasadne jest na tym etapie przewidywanie, że dokonane w SWZ ustalenia w tym zakresie będą rodziły konflikty uniemożliwiające realizację umowy.

Nadto został oddalony zarzut dotyczący braku wyczerpującego wskazania przez zamawiającego w SWZ zakresu spraw, które zamawiający może powierzyć do realizacji wykonawcy. Izba analizując treść postanowień umownych wskazanych w §1 ust 2 stwierdza, że zamawiający w 39 punktach wymienił chyba wszystkie dziedziny prawa jak i działań, które mogą być przedmiotem realizacji umowy. Podane w ust.3 projektu umowy ustalenie, że „*Zamawiający może również włączyć do zakresu obowiązków Wykonawcy pomoc prawną w zakresie spraw nie wymienionych powyżej, jeżeli charakter tych spraw dotyczy działalności Zamawiającego w zakresie zagadnień związanych z działalnością wewnętrznych komórek*

organizacyjnych i odpowiada kwalifikacjom oraz uprawnieniom Wykonawcy" jest pewną formą dopuszczalnego zabezpieczenia się zamawiającego, przed możliwością pojawienia się do rozstrzygnięcia sprawy nie wykazanej w wykazie i możliwością odmowy ze strony wykonawcy, podjęcia się jej załatwienia.

Zarzut z pkt 4 b) odwołania został cofnięty przez odwołującego.

Kolejny zarzut ozn. nr 5 dotyczył żądania odwołującego nakazania zamawiającemu zastąpienie dotychczasowego brzmienia pkt 8.2.b.1.a Tomu I SWZ w którym to zamawiający postawił wymóg w zakresie doświadczenia Lidera/Koordynatora zespołu, aby zamiast wymaganych dotychczas 24 miesięcy doświadczenia, wystarczającym był: *okres 12 miesięcy doświadczenia zawodowego jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonej lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC*".

Uzasadniając powyższy wymóg zamawiający podawał, że tylko zespół radców kierowany przez tak doświadczonego prawnika daje rękojmię należytego wykonania umowy. Dodatkowo twierdząc, że na terenie kraju jest wystarczająca dla zachowania konkurencji liczba prawników posiadających takie doświadczenie. Odwołujący oponował takiemu stanowisku stwierdzając, że stanowisko zamawiającego jest gołosłowne, a według jego najlepszej wiedzy na terenie działalności zamawiającego jest tylko jeden taki prawnik, a ponadto zamawiający postawił taki warunek, po to, by faworyzować dotychczasowego wykonawcę realizującego usługi prawne dla zamawiającego.

Izba zauważyła, że warunki udziału w postępowaniu winny być tak wyselekcjonowane, aby została zachowana równowaga między interesem polegającym na uzyskaniu przez zamawiającego rękojmią należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań eliminować z udziału w postępowaniu. Izba uznała, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że po pierwsze, na rynku jest dostatecznie duża liczba prawników spełniająca wymagania zamawiającego w zakresie warunku udziału, a po drugie nie wykazał, że tylko osoba mająca co najmniej 24 miesięczne doświadczenie przy obsłudze kontraktów wykonywanych w ramach warunków kontraktowych FIDIC.

Odnosząc się do kosztów postępowania Izba z analizy treści odwołania oraz podniesionych w odwołaniu zarzutów uznała, że zostało podniesionych pięć zarzutów. Wobec takiego ustalenia oraz faktu, iż trzy z podniesionych zarzutów odwołania zostały uwzględnione, a dwa oddalone, to zasadnym było ustalenie, że odwołujący wygrał w 3/5 zarzuty odwołania, a zamawiający uzyskał korzystny wynik w ilości 2/5 podniesionych zarzutów. Powyższe ustalenie znalazło przełożenie na rozdział kosztów postępowania w wyniku którego zamawiający został obciążony 3/5 kwoty wpisu od odwołania, a odwołujący ma zwrócić zamawiającemu 2/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

Członkowie:

.....