

WYROK

z dnia 14 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Anna Packo
Irina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawcę: **S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów, ul. Narutowicza 12, 70-240 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk,**

przy udziale:

A. wykonawcy: **T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny ul. Jagiellońska 27/13, 03-719 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1336/21 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy: **Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1336/21 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów:

- nr 1b, tj. naruszenia 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) przez ustanowienie w OPZ i umowie mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie takich kosztów oraz przedkładania faktury VAT i 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”, co jest jednocześnie sprzeczne z celem i naturą wynagrodzenia tytułem zastępstwa procesowego, wykonawca zmuszony będzie także do złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia przed KIO oraz zawartego w opisie faktury, w zakresie poniesienia kosztów tytułem zastępstwa prawnego przez Zamawiającego oraz w zakresie faktycznego charakteru tego wynagrodzenia;

- nr 2 odwołania, tj. naruszenia 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 przez ustanowienie 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 lub dwóch z nich (w sytuacji, gdy pełnić oni będą dyżur jednocześnie), co stanowi:

a) pozbawioną uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, nieuprawnioną ingerencją w sposób realizacji zamówienia, którego organizacja (oraz odpowiedzialność z tego tytułu - § 3 ust. 4 PPU) spoczywa na Wykonawcy, zwłaszcza, że obowiązek codziennej obecności Koordynatora nie jest uzależniony ani w żaden sposób powiązany z aktualnym nakładem pracy oraz, że Wykonawca i tak zapewnić ma stałą i pełną dostępność zdalną wszystkich członków zespołu prawnego, w tym Koordynatora, w dni w które nie świadczą oni dyżuru w siedzibie Zamawiającego,

b) wręcz niemożliwy do spełnienia warunków, aby osoba Koordynatora była dostępna w siedzibie Zamawiającego przez co najmniej 4 godziny dziennie przez cały okres realizacji Umowy bez uregulowania jakiegokolwiek procedury zastępowania takiej osoby podczas jej nieobecności (spowodowanej np. urlopem, chorobą czy innymi losowymi zdarzeniami);

- nr 6a i 6b odwołania, tj. naruszenia przepisu art. 240 ust. 1 ustawy Pzp, przez ustanowienie niejasnych opisów kryteriów oceny ofert przez:

a) ustanowienie kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”, zgodnie z którym, za każdą wykazaną inwestycję spełniającą opisane warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy Zamawiający przyzna 2 punkty jednak nie więcej niż 15 punktów — co powoduje, że aby otrzymać max. liczbę punktów w ramach tego kryterium, Wykonawca musi wykazać, że dana osoba świadczyła obsługę prawną przy 7 i połowie inwestycji, w sytuacji, gdy opis tego kryterium nie ustanawia postanowień pozwalających na ustalenie doświadczenia w postaci „połowy” inwestycji,

b) ustanowienie kryterium D4 — „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu” zgodnie z którym w odniesieniu do każdej z osób skierowanych do realizacji zamówienia Zamawiający przyzna 1 punkt za każdą reprezentację prawną przed Sądem powszechnym lub w arbitrażu, „ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu, jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie” - podczas, gdy warunki udziału w postępowaniu nie referują do żadnego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie występowania przed sądami lub w arbitrażu;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 1a odwołania, tj. naruszenia 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 (Oz. 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) przez ustanowienie w PPU mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie takich kosztów oraz przedkładania faktury VAT i w sytuacji, gdy Izba zasądzi te koszty na rzecz Zamawiającego, a Zamawiający zapłaci ich sumę Wykonawcy, 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 się 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 oraz jest sprzeczne z celem i naturą wynagrodzenia tytułem zastępstwa procesowego, zawartego w opisie faktury, Wykonawca zmuszony będzie także do złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia przed KIO oraz zawartego w opisie faktury, w zakresie poniesienia kosztów tytułem zastępstwa prawnego przez Zamawiającego oraz w zakresie faktycznego charakteru tego wynagrodzenia, i nakazuje zamawiającemu zmianę treści postanowień § 8 pkt 4-8 Tomu II SWZ (Projektowane Postanowienia Umowy);

3.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

4.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie** w wysokości $\frac{3}{4}$ kosztów postępowania odwoławczego i zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** w wysokości $\frac{1}{4}$ kosztów postępowania odwoławczego, i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od wykonawcy: **S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** kwotę **825 zł 00 gr** (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem poniesionych kosztów.

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 1336/21

Uzasadnienie

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Kompleksowa obsługa prawna Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku”. Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2021/BZP 00043650/01 zostało zamieszczone w BZP w dniu 29.04.2021 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego.

Wykonawca, S. D. O. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów z siedzibą w Szczecinie na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 2 pkt 2 oraz art. 359 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec projektowanych postanowień umowy i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)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.) w zw. z art. 8 i art. 16 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 (Oz. 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) przez ustanowienie w OPZ i umowie mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie takich kosztów oraz przedkładania faktury VAT i:

a)w sytuacji, gdy Izba zasądzi te koszty na rzecz Zamawiającego, a Zamawiający zapłaci ich sumę wykonawcy, 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 się 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 oraz jest sprzeczne z celem i naturą wynagrodzenia tytułem zastępstwa procesowego,

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”, co również jest jednocześnie sprzeczne z celem i naturą wynagrodzenia tytułem zastępstwa procesowego,

- w każdym z ww. przypadków, wykonawca zmuszony będzie także do złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia przed KIO oraz zawartego w opisie faktury, w zakresie poniesienia kosztów tytułem zastępstwa prawnego przez Zamawiającego oraz w zakresie faktycznego charakteru tego wynagrodzenia;

2)art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 Pzp, przez ustanowienie 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 lub dwóch z nich (w sytuacji, gdy pełnić oni będą dyżur jednocześnie), co stanowi:

c) pozbawioną uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, nieuprawnioną ingerencją w sposób realizacji zamówienia, którego organizacja (oraz odpowiedzialność z tego tytułu - § 3 ust. 4 wzoru umowy) spoczywa na wykonawcy, zwłaszcza, że obowiązek codziennej obecności Koordynatora nie jest uzależniony ani w żaden sposób powiązany z aktualnym nakładem pracy oraz, że wykonawca i tak zapewnić ma stałą i pełną dostępność zdalną wszystkich członków zespołu prawnego, w tym Koordynatora, w dni, w które nie świadczą oni dyżuru w siedzibie Zamawiającego,

d) wręcz niemożliwy do spełnienia warunek, aby osoba Koordynatora była dostępna w siedzibie Zamawiającego przez co najmniej 4 godziny dziennie przez cały okres realizacji umowy bez uregulowania jakiejkolwiek procedury zastępowania takiej osoby podczas jej nieobecności (spowodowanej np. urlopem, chorobą czy innymi losowymi zdarzeniami);

3) art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 i art. 16 Pzp, przez ustanowienie arbitralnego prawa Koordynatora realizacji umowy po stronie Zamawiającego do wyrażania lub niewyrażania zgody na świadczenie usługi w formie pracy zdalnej (bez konieczności świadczenia dyżurów w siedzibie Zamawiającego) bez wskazania ku temu 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. 112 w zw. z art. 16 Pzp, przez ustanowienie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj.:

a) warunku posiadania przez osobę skierowaną do pełnienia funkcji Lidera/Koordynatora radców prawnych/adwokatów wykonawcy doświadczenia zawodowego 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 30 miesięcy i już osoba posiadająca 12 miesięczne doświadczenie w podanym wyżej zakresie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz w sytuacji, gdy brak jest uzasadnionych podstaw, z punktu widzenia doświadczenia takiej osoby; aby referencyjne doświadczenie ograniczać do doświadczenia zdobytego jako radca prawny lub adwokat, czy do doświadczenia zdobytego przy realizacji jednej umowy,

b) warunku posiadania przez każdą osobę skierowaną do pełnienia funkcji radca prawny/adwokat minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego w okresie ostatnich 3 lat, jako radca prawny lub adwokat, polegającego na świadczeniu obsługi prawnej w zakresie dotyczącym przygotowania i realizacji inwestycji na rzecz zarządcy lub wykonawcy umów na realizację inwestycji liniowej lub na rzecz wykonawców umów na nadzór i zarządzanie kontraktem dotyczącym realizacji inwestycji liniowej oraz przynajmniej jedną z tych osób, minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego w okresie ostatnich 3 lat, jako radca prawny lub adwokat, polegającego na świadczeniu obsługi prawnej na rzecz jednostki administracji publicznej (rządowej lub samorządowej) w zakresie niedotyczącym bezpośrednio przygotowania i realizacji inwestycji, w sytuacji, gdy brak jest uzasadnionych podstaw, z punktu widzenia doświadczenia ww. osób, aby referencyjne doświadczenie w wymienionym zakresie ograniczać do doświadczenia zdobytego jako radca prawny lub adwokat,

c) warunku posiadania przez co najmniej jedną osobę skierowaną do pełnienia funkcji radca prawny/adwokat minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonych lub będącej w trakcie realizacji), polegającego na świadczeniu obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem inwestycji liniowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w sytuacji, gdy brak jest uzasadnionych podstaw, z punktu widzenia doświadczenia ww. osób, aby referencyjne doświadczenie w wymienionym zakresie ograniczać do doświadczenia zdobytego w ramach jednej umowy;

5) art. 239 ust. 1, art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, przez ustanowienie kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”, które w zakresie zastrzeżonym (a więc wymaganiu, dla uzyskania max. punktacji, doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej w zasadzie przy 8 inwestycjach liniowych realizowanych z wykorzystaniem wzorów FIDIC, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że za doświadczenie przy obsłudze jednej inwestycji uznawane będzie doświadczenie nie krótsze niż 12 miesięcy oraz zastrzeżeniu, że doświadczenie nabywane w tym samym okresie nie będzie podlegało sumowaniu) nie wpływa w sposób znaczący na jakość wykonania zamówienia (bardziej niż już doświadczenie przy obsłudze już trzech tego typu inwestycji), a sposób zastrzeżenia opisu tego kryterium w sposób naruszający konkurencję premiuje w zasadzie tylko osoby świadczące pomoc prawną na rzecz Zamawiającego dotychczas, bowiem tylko te osoby, spośród funkcjonujących na lokalnym rynku, realnie zainteresowane będą ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie;,

6) naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 Pzp, przez ustanowienie niejasnych opisów kryteriów oceny ofert przez:

a) ustanowienie kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”, zgodnie z którym, za każdą wykazaną inwestycję spełniającą opisane warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy Zamawiający przyzna 2 punkty jednak nie więcej niż 15 punktów — co powoduje, że aby otrzymać max. liczbę punktów w ramach tego kryterium, wykonawca musi wykazać, że dana osoba świadczyła obsługę prawną przy 7 i 1/2 inwestycji, w sytuacji, gdy opis tego kryterium nie ustanawia postanowień pozwalających na ustalenie doświadczenia w postaci „połowy” inwestycji,

b) ustanowienie kryterium D4 — „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu”, zgodnie z którym, w odniesieniu do każdej z osób skierowanych do realizacji zamówienia Zamawiający przyzna 1 punkt za każdą reprezentację prawną przed sądem powszechnym lub w arbitrażu, „*ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu, jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie*” - podczas, gdy warunki udziału w postępowaniu nie referują do żadnego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie występowania przed sądami lub w arbitrażu.

Odwołujący 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 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) usunięcia wymagania w zakresie obowiązkowego, codziennego świadczenia przez Lidera/Koordynatora dyżuru w siedzibie Zamawiającego przez co najmniej 4 godziny dziennie 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) ustanowienia precyzyjnych zasad zastępowania osoby pełniącej funkcję Lidera/Koordynatora na czas chwilowej niemożności świadczenia pomocy prawnej w postaci urlopu, choroby lub innych losowych zdarzeń oraz dostosowania dokumentacji postępowania do tych, zmienionych postanowień,

d) 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 zdeterminowaną okolicznościami związanymi z panującą sytuacją epidemiczną." oraz dostosowania dokumentacji postępowania do tego, zmienionego postanowienia,

e) dokonania zmiany pkt 8.2.4.B.1.a) Tomu I SWZ (warunek dot. doświadczenia Lidera/Koordynatora) przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego, zdobytego 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",

f) dokonania zmiany pkt 8.2.4.B.2:

-lit. a) Tomu I SWZ (warunek dot. doświadczenia Radcy Prawnego/Adwokata) przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „każda spośród osób wskazanych do pełnienia funkcji Radcy Prawnego/Adwokata - minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego w okresie ostatnich 3 lat, polegającego na świadczeniu obsługi prawnej w zakresie dotyczącym przygotowania i realizacji inwestycji na rzecz zarządcy lub Wykonawcy umów na realizację inwestycji liniowej lub na rzecz Wykonawców umów na nadzór i zarządzanie kontraktem dotyczącym realizacji inwestycji liniowej",

-lit. c) Tomu I SWZ (warunek dot. doświadczenia Radcy Prawnego/Adwokata) przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „co najmniej jedna osoba spośród osób wskazanych do pełnienia funkcji Radcy Prawnego/Adwokata - minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego polegającego na świadczeniu obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem Inwestycji liniowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC",

-lit. d) Tomu I SWZ (warunek dot. doświadczenia Radcy Prawnego/Adwokata) przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „co najmniej jedna osoba spośród osób wskazanych do pełnienia funkcji Radcy Prawnego/Adwokata - minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego w okresie ostatnich 3 lat, polegającego na świadczeniu obsługi prawnej na rzecz jednostki administracji publicznej (rządowej lub samorządowej) w zakresie niedotyczącym bezpośrednio przygotowania i realizacji inwestycji",

g) dokonania zmiany opisu kryteriów oceny ofert:

-kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC" przez zmianę dotychczasowego opisu na następujący:

„Podkryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC". Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie w zakresie świadczenia stałej obsługi prawnej związanej z realizacją inwestycji liniowej o wartości co najmniej 50.000.000 PLN (pięćdziesiąt milionów złotych) brutto każda, realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Za każdą wykazaną inwestycję spełniającą powyższe warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy Zamawiający przyzna 5 punktów, jednak nie więcej niż 15 punktów",

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania zarzutu, a uwzględnienia w tym zakresie zarzutu nr 6 *petitum* odwołania, dokonanie zmiany tego kryterium, przez jego opisanie w sposób umożliwiający wykazanie przez wykonawcę, że osoba skierowana do realizacji zamówienia posiada referencyjne doświadczenie dla uzyskania maksymalnej ilości 15 punktów,

-kryterium D4 — „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu", przez opisanie kryterium w sposób wyrażający jakiego rodzaju doświadczenie przy reprezentacji przed sądem powszechnym, administracyjnym lub arbitrażem będzie punktowane w ramach tego kryterium.

Odwołujący wyjaśnił, że prowadzi prawniczą działalność gospodarczą nakierowaną na obsługę prawną m.in. podmiotów publicznych i potencjalnie mógłby ubiegać się o zamówienie. Jednocześnie, sposób opisanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert czy postanowień OPZ lub umowy, które są niezgodne z ustawą Pzp, uniemożliwia lub poważnie utrudnia wykonawcy złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, a co za tym idzie, powoduje ryzyko powstania po jego stronie szkody w postaci utraty potencjalnego wynagrodzenia spodziewanego z tytułu realizacji umowy.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie stałej obsługi prawnej. Przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II (projektowane postanowienia umowy) oraz Tomie III (opis przedmiotu zamówienia) SWZ. W skład przedmiotu zamówienia wchodzi również świadczenie zastępstwa procesowego, także przed Krajową Izbą Odwoławczą.

[zarzut nr 1]

Zgodnie z § 5 ust. 4-8 Tomu II SWZ (projektowane postanowienia umowy):

„4. 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.

1. 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.

2. W przypadku zastępstwa przed KIO Wykonawca ma obowiązek występowania do KIO z wnioskiem o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z zasadami właściwymi dla postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Wykonawca, składając przed KIO wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa, przedłoży fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego nieprzekraczającą limitu określonego w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie delegacji zawartej w ustawie Pzp. Wartość brutto najbliższej faktury z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy, zostanie pomniejszona przez Wykonawcę o wartość wynagrodzenia brutto zapłaconego przez Zamawiającego w związku z wystawioną fakturą z tytułu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO.

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

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.

Zgodnie z ww. rozporządzeniem, wniosek o zasądzenie kosztów, musi być składany wraz z rachunkiem lub spisem kosztów (§ 5 pkt 2 lit b). Tym samym, złożenie wniosku o zasądzenie przez Izbę od strony przeciwnej kosztów zastępstwa procesowego równoznaczne jest z oświadczeniem o ich poniesieniu, czego podstawą jest składany rachunek lub spis.

Jak stanowi art. 353(1) k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Powyżej przytoczone przepisy rozporządzenia nakazują dojść do wniosku, że właściwością, naturą stosunku prawnego instytucji wynagrodzenia za zastępstwo procesowe jest jego dodatkowy charakter związany ze zwiększonym nakładem pracy pełnomocnika, przygotowaniem pism procesowych, wystąpieniem przed organem orzekającym itp. Na gruncie ww. rozporządzenia, dodatkowo, naturą tego stosunku jest zapłata pełnomocnikowi wynagrodzenia z tego tytułu jeszcze przed rozprawą (aby mógł skutecznie ubiegać się o zwrot tych kosztów na rzecz swojego mocodawcy przedkładając stosowny rachunek oraz składając przepisane prawem oświadczenie).

Kwestionowane postanowienia umowne faktycznie pozbawiają wykonawcę uprawnień do otrzymania kwoty zasądzonej na rzecz Zamawiającego tytułem zastępstwa procesowego oraz obligują go do każdorazowego przedkładania faktury opisanej jako zwrot kosztów zastępstwa procesowego oraz składania oświadczenia, że Zamawiający poniósł takie koszty, pomimo, iż oświadczenia takie będą, niezgodne ze stanem faktycznym - wykonawca, w tym, w oświadczeniach do protokołu z rozprawy oraz w dokumentach księgowych, będzie musiał poświadczać nieprawdę.

Z powyższego względu, faktyczne pozbawienie wykonawcy przez Zamawiającego prawa do dodatkowego wynagrodzenia z tytułu kosztów zastępstwa procesowego, a zamiast tego nakładanie na niego dodatkowych obowiązków z tym związanych (chociażby w postaci konieczności wystawienia faktury, jej korygowania, ubiegania się o niższe niż umówione wynagrodzenie miesięczne) oraz składania niezgodnych z prawdą oświadczeń, jawi się jako sprzeczne z naturą stosunku instytucji wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO, a ponadto - sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym prawa podatkowego.

W ocenie Odwołującego, za niezgodne z przepisami prawa podatkowego należy uznać przede wszystkim wprowadzenie do umowy mechanizmu obniżania należnego wykonawcy miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia pomocy prawnej o należności z faktur VAT przedłożonych w Izbie, w sytuacji zasądzenia na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. W tym zakresie projektowane postanowienia umowy w sposób niedozwolony próbują zmieniać bezwzględnie obowiązujące przepisy w zakresie momentu powstania zobowiązania podatkowego. Postanowienia te tworzą fikcję i każą wykonawcy składać fikcyjne oświadczenia, że kwota wskazana w fakturze miesięcznej jest faktycznym, miesięcznym wynagrodzeniem wykonawcy z tytułu bieżącej obsługi prawnej. Za niezgodny z prawem podatkowym należy też uznać nakaz korygowania przedłożonej faktury VAT, w sytuacji, gdy na rzecz Zamawiającego nie zostanie zasądzony zwrot kosztów postępowania. W takim wypadku, pomimo złożenia faktury kosztowej oraz oświadczenia, iż Zamawiający poniósł koszty zastępstwa, wykonawca będzie zobowiązany do skorygowania faktury, do czego przepisy ustawy o podatku VAT nie przewidują podstawy prawnej.

Odwołujący wskazał, że powyżej opisany sposób uregulowania kwestii kosztów zastępstwa procesowego negatywnie oceniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 935/21.

[zarzut nr 2]

Zgodnie z § 4 ust. 1, 2 i 6 Tomu II SWZ (projektowane postanowienia umowy):

„1. Świadczenie usług objętych przedmiotem umowy odbywać się będzie poprzez:

- a) pełnienie dyżuru prawnego w siedzibie Zamawiającego,
 - b) uczestnictwo w posiedzeniach i rozprawach w miejscach wyznaczonych przez sądy, KIO, prokuratury, organy administracji publicznej lub samorządowej,
 - c) udział 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.
2. Dyżur prawny, z zastrzeżeniem sytuacji, o której mowa w zdaniu ostatnim niniejszego ustępu, pełniony będzie codziennie od poniedziałku do piątku (z wyjątkiem dni wolnych od pracy), przez łącznie co najmniej 2 osoby z personelu, o którym mowa w § 3 ust. 5 w godzinach pracy Zamawiającego przez 8 godzin dziennie, w tym obowiązkowy dyżur lidera/koordynatora, który nie może być krótszy niż 4 godzinny dziennie. Pełnienie dyżuru prawnego polega na stałej obecności odpowiedniej liczby osób personelu w siedzibie Zamawiającego w powyższych terminach zapewniając dostępność personelu w godzinach pracy Zamawiającego. Łączny tygodniowy czas dyżuru personelu Wykonawcy obejmuje również czas wykonywania obowiązków, o których mowa w ust. 1, pkt b i c. W przypadku, gdy na mocy zarządzeń Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad lub Dyrektora Generalnego Urzędu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad zostanie ustalony dzień wolny od pracy w dniu, w którym winien być pełniony dyżur i wskazanie innego dnia do pracy Wykonawca jest zobowiązany zapewnić we wskazanym w zarządzeniu dniu personel zgodnie z Harmonogramem i warunkami określonymi w Umowie. Dopuszczalna jest możliwość wykonywania usługi w formie pracy zdalnej, zgodnie z potrzebami Oddziału, każdorazowo wymagana jest

jednak zgoda osoby wskazanej w§3 ust.12.

6. 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."

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu oraz postanowieniami projektu umowy, wykonawca zobowiązany jest do skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 3 osobowego zespołu (Personel Kluczowy) oraz, że wykonawca odpowiada za jakość, terminowość i zgodność z obowiązującymi przepisami prawa czynności wykonywanych w ramach umowy (kierując do tego wspomniany Personel), wymaganie w postaci obowiązkowego, codziennego dyżuru Koordynatora/Lidera w wymiarze co najmniej 4 godzin, jawi się jako zbyt daleko idąca ingerencja w sposób realizacji zamówienia przez Zamawiającego, co dodatkowo nie jest podyktowane żadnymi uzasadnionymi jego potrzebami.

Odwolujący podniósł, że obowiązek spełnienia przez wykonawcę przedmiotowego wymagania jest niezależny od faktycznej, podyktowanej względami merytorycznymi, konieczności osobistego pobytu Koordynatora w siedzibie Zamawiającego, czy od faktycznego bieżącego nakładu pracy Zespołu, a także niezależne od tego, czy pozostali dwaj członkowie Zespołu są dostępni dla Zamawiającego w jego siedzibie czy też nie. Mając na uwadze zastrzeżenie w umowie obowiązku stałej zdalnej dostępności dla Zamawiającego wszystkich członków Zespołu, a co za tym idzie, także konieczności koordynacji ich pracy w dużej mierze w sposób zdalny, przedmiotowe wymaganie nie może być uzasadniane potrzebą koordynowania świadczenia pomocy prawnej osobiście z siedziby Zamawiającego ani wyższymi kompetencjami Koordynatora, które faktycznie, zgodnie z SWZ, mogą być sumarycznie niższe względem innych członków Zespołu.

Postanowienia dokumentacji postępowania nie przewidują mechanizmu zastępstwa Koordynatora/Lidera na czas przerwy w świadczeniu przez niego pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego z powodu urlopu, choroby czy innych wydarzeń losowych. Tego typu przerwy nie muszą być połączone z koniecznością „wymiany” tej osoby na inną, posiadającą co najmniej identyczne doświadczenie.

[zarzut nr 3]

Zgodnie z § 4 ust. 2 zdanie ostatnie Tomu II SWZ: *Dopuszczalna jest możliwość wykonywania usługi w formie pracy zdalnej, zgodnie z potrzebami Oddziału, każdorazowo wymagana jest jednak zgoda osoby wskazanej w § 3 ust.12".* (tj. koordynatora po stronie Zamawiającego).

W ocenie Odwołującego, niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz wykraczające poza swobodę umów jest zastrzeżenie możliwości świadczenia usługi w sposób zdalny wyłącznie do arbitralnej decyzji Koordynatora po stronie Zamawiającego. Postanowienia umowy nie ustanawiają jakichkolwiek kryteriów wyrażenia takiej zgody (zwłaszcza związanych z sytuacją epidemiczną, czy organizacją pracy u Zamawiającego). Umowa nie przewiduje żadnego trybu odwoławczego od decyzji Koordynatora.

[zarzut nr 4]

Zgodnie z 8.2.4.B.1.a) Tomu I SWZ, Zamawiający zastrzegł warunek skierowania do realizacji zamówienia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Lidera/Koordynatora, która posiada minimum 24 miesiące doświadczenia zawodowego jako radca prawny lub adwokat, zdobyte 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.

W ocenie Odwołującego, nieproporcjonalne jest wymaganie posiadania przez tę osobę aż 24 miesięcznego doświadczenia w opisanym wyżej zakresie, zwłaszcza, że sama umowa zawierana będzie na 30 miesięcy, a wykonawca nie będzie zobowiązany do świadczenia pomocy prawnej jedynie w związku z inwestycjami realizowanymi w ramach FIDIC. Zdecydowanie więc powyżej minimalnych poziomów zdolności jest wymagane w ramach warunku - doświadczenia równego niemalże okresowi przez jaki świadczona będzie usługa. Nie sposób także stwierdzić, że tylko taki zakres temporalny tego doświadczenia dawać może rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Ponadto, znacznie powyżej uzasadnionych potrzeb Zamawiającego jest zawężanie referencyjnego doświadczenia do nabytego w charakterze radcy prawnego lub adwokata, z wyłączeniem chociażby nabywania doświadczenia jako aplikant. Sam bowiem merytoryczny zakres wyzwań z tym związanych, przy jednoczesnym, ustawowym dopuszczeniu świadczenia pomocy prawnej przez aplikantów w zasadzie w takim samym zakresie co przez radców prawnych lub adwokatów (za wyjątkiem zastępstwa przed SN i NSA), jest tożsamy niezależnie od tytułu prawnego, w ramach którego pomoc ta jest świadczona. Wobec tego, nie można w żaden sposób jakościowo różnicować doświadczenia nabywanego w danej dziedzinie świadcząc pomoc prawną jako osoba posiadająca tytuł zawodowy radcy prawnego lub adwokata, a jako np. aplikant.

Za nieuzasadnione oraz nieproporcjonalne należy uznać zastrzeżenie referencyjnego doświadczenia związanego z warunkami kontraktowymi FIDIC zdobywanego wyłącznie w ramach jednej umowy. Zakres nabywanego doświadczenia nie jest bowiem różnym w sytuacji świadczenia pomocy prawnej związanej z jedną bądź kilkoma umowami w warunkach kontraktowych FIDIC i tożsamo może posłużyć dla wykazania rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Podobnie, nieproporcjonalne warunki zostały zastrzeżone dla osób skierowanych do realizacji zamówienia jako Radca prawny/Adwokat (pkt 8.2.4.B.2.a), b), c) SWZ). Również i w tym zakresie, za nieproporcjonalne trzeba uznać zawężenie referencyjnego doświadczenia do nabytego już jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy.

[zarzut nr 5]

Jak stanowi pkt 21.1.2. SWZ: *Podkryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC". Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie w zakresie świadczenia stałej obsługi prawnej związanej z realizacją inwestycji liniowej o wartości co najmniej 50.000.000 PLN (pięćdziesiąt milionów złotych) brutto każda, realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Za każdą wykazaną inwestycję spełniającą powyższe warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy Zamawiający przyzna 2 punkty jednak nie więcej niż 15 punktów."*

Zgodnie z dalszą treścią opisu kryteriów oceny ofert, Zamawiający wprowadził zastrzeżenie: *„Uwaga! Przy określeniu okresu doświadczenia (liczby pełnych miesięcy), doświadczenie nabyte równolegle w tym samym okresie świadczenia usług nie będzie podlegało sumowaniu, jak również nie podlega sumowaniu okres doświadczenia krótszy niż miesiąc."*

Tym samym, aby zdobyć max. ilość punktów w ramach ww. kryterium, to przy zaliczaniu w ramach jednej inwestycji, co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia przy obsłudze jej realizacji, koniecznym będzie wykazanie doświadczenia zdobytego przez jedną osobę na przestrzeni co najmniej 8 lat wstecz. Mając przy tym na względzie

pozostałe wymagania SWZ, zastrzeżoną wartość inwestycji, jakie zaliczane będą do punktacji, wymagany reżim warunków FIDIC oraz zastrzeżenie punktowania tylko inwestycji liniowych, przedmiotowe kryterium w sposób znaczny ogranicza konkurencję, bowiem, mając na uwadze lokalny rynek prawny, max. punktów w ramach tego kryterium spełnić mogą w zasadzie jedynie osoby dotychczas świadczące pomoc prawną na rzecz Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, tak zastrzeżony opis kryterium nie wpłynie w sposób znaczący (*verba legis*) na jakość świadczonych usług prawnych. Należy przyjąć, że już posiadanie Zespołu prawnego posiadającego doświadczenie w obsłudze trzech, trwających po 12 miesięcy inwestycji w warunkach FIDIC (ponad wskazane w warunku) zapewni Zamawiającemu usługę na bardzo wysokim poziomie.

[zarzut nr 6]

Zgodnie z przepisem art. 240 ust. 1 Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ust. 2 przytoczonego artykułu stanowi, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. W ocenie Odwołującego, niektóre postanowienia SWZ w zakresie opisów kryteriów oceny ofert nie spełniają ww. wymagań, rodząc poważne trudności z przyznawaniem punktacji ofertom.

Jak stanowi pkt 21.1.2. SWZ: *Podkryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”*. Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie w zakresie świadczenia stałej obsługi prawnej związanej z realizacją inwestycji liniowej o wartości co najmniej 50.000.000 PLN (pięćdziesiąt milionów złotych) brutto każda, realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Za każdą wykazaną inwestycję spełniającą powyższe warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy Zamawiający przyzna 2 punkty jednak nie więcej niż 15 punktów.”

Powyższe postanowienia ustanawiają zasadę, że za każdą obsługiwaną inwestycję spełniającą zastrzeżone kryteria (pod warunkiem obsługiwaną jej przez 12 miesięcy), Zamawiający przyzna 2 pkt. Jednocześnie, maksymalna liczba punktów w tym kryterium to 15. Aby uzyskać max. liczbą punktów, wykonawca wykazać musi doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w obsłudze min. 7 i pół referencyjnych inwestycji, podczas, gdy opis przyznawania punktacji nie przewiduje możliwości wykazania się tak mierzonym doświadczeniem. Na wypadek więc, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu dot. opisu tego kryterium wyrażonego w pkt 5 *petitum* odwołania, Odwołujący podnosi uzasadniony wyżej zarzut nr 6 w tym zakresie.

W pkt 21.1.2. SWZ Zamawiający zastrzegł: *Podkryterium D4 — „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu”*. Ocenie podlega doświadczenie wskazanej osoby polegające na występowaniu w charakterze pełnomocnika przed Sądem lub w arbitrażu w okresie ostatnich 36 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W odniesieniu do każdej z tych osób Zamawiający przyzna 1 punkt za każdą reprezentację prawną przed Sądem powszechnym lub w arbitrażu, ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu, jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie.”

Treść tego kryterium wskazuje, że punktacja przyznawana będzie za reprezentację przed sądem powszechnym, administracyjnym lub arbitrażem ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu. Tymczasem, warunki udziału w postępowaniu w żaden sposób nie zastrzegają obowiązku posiadania przez osoby skierowane do realizacji zamówienia doświadczenia w reprezentacji przed sądem powszechnym lub arbitrażem, co czyni treść przedmiotowego opisu kryterium nieczytelnym i niejasnym.

Wykonawca T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawnyz siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p.z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca S.I.D.A.L. Sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 8 czerwca 2021 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutu z pkt 1 lit.b odwołania i wyjaśnił, że dokonał zmiany treści SWZ Tom II (PPU), poprzez skreślenie § 8 ust. 8 (pismem z dnia 12.05.2021 r.). Zamawiający uwzględnił odwołanie także w zakresie zarzutu nr 2 i dokonał zmiany treści SWZ, poprzez:

- a) zrezygnowanie z wymogu pełnienia dyżuru prawnego w siedzibie Zamawiającego przez Lidera/Koordynatora zespołu radców prawnych/adwokatów codziennie,
- b) wprowadzenie postanowienia dotyczącego zastępowania Personelu Kluczowego podczas nieobecności.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 6 lit.a odwołania i dokonał zmiany treści SWZ, zmieniając punktację w kryterium D2 za każdą wykazaną inwestycję spełniającą opisane warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy - z 2 pkt na 1 pkt, jednak nie więcej niż 15 pkt.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zarzut nr 1 lit.a

Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy określone w Projektowanych Postanowieniach Umowy ma charakter ryczałtowy. Jeżeli w ramach świadczenia kompleksowej obsługi prawnej w danym miesiącu Zamawiający będzie reprezentowany przez wykonawcę przed KIO, to wykonawca wystawi fakturę opiewającą na koszty zastępstwa procesowego, które Zamawiający zapłaci wykonawcy (niezależnie od tego czy zostaną one zasądzone Zamawiającemu), a które to stanowią część miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego należnego wykonawcy. W § 8 ust. 4 PPU, Zamawiający wyraźnie wskazał, że „Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie dodatkowe z tytułu kosztów zastępstwa procesowego, zasądzonych na rzecz Zamawiającego lub przyznanych Zamawiającemu w ugodzie lub postępowaniu egzekucyjnym (...)”, dlatego też w celu zabezpieczenia interesu Zamawiającego dotyczącego rekompensaty tytułem kosztów postępowania odwoławczego, wprowadzono mechanizm, zgodnie z którym winno nastąpić pomniejszenie najbliższej faktury wykonawcy z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego o wartość wynagrodzenia brutto uzyskanego przez wykonawcę z tytułu faktur opiewających na koszty zastępstwa procesowego przed KIO.

Zgodnie z PPU, wykonawca wykonuje czynności zastępstwa procesowego przed KIO w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Stąd, w przypadku gdy Zamawiający zapłaci koszty zastępstwa procesowego wykonawcy na podstawie odrębnej faktury, to zapłata ta stanowi część miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, co w konsekwencji oznaczać będzie, że Zamawiający zapłaci ich sumę wykonawcy, a miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe nie ulegnie

obniżeniu - będzie odpowiadało wysokości ustalonej zgodnie z umową - z tą różnicą, że będzie wypłacone na podstawie odrębnych faktur. Z ekonomicznego punktu widzenia wykonawca zatem uzyska całość wynagrodzenia tytułem ryczałtu za miesięczną obsługę prawną.

Zapłata wykonawcy kosztów zastępstwa procesowego przed KIO przez Zamawiającego, bez pomniejszenia najbliższej faktury z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego o wartość wynagrodzenia brutto uzyskanego przez wykonawcę z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, byłaby sprzeczna z postanowieniami umowy i intencją Zamawiającego. W rzeczywistości Zamawiający płaciłby oprócz miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, wynagrodzenie dodatkowe za czynności zastępstwa procesowego przed KIO.

Zamawiający zauważył, że w myśl PPU, reprezentowanie Zamawiającego przed KIO nie stanowi dodatkowych czynności wykonywanych przez wykonawcę - jest objęte przedmiotem umowy. W ocenie Zamawiającego, przedmiotowym zarzutem wykonawca próbuje bezpodstawnie narzucić Zamawiającemu sposób i przedmiot rozliczania umowy w taki sposób, by wprowadzić do projektu postanowień umowy dodatkowe wynagrodzenie za pomyślny wynik sprawy. Tymczasem, po uwzględnieniu przez Zamawiającego zarzutu nr 1 lit. b odwołania (dotyczącego konieczności korekty faktury), warunki realizacji umowy określone przez Zamawiającego nie naruszają żadnych przepisów prawa a ich ukształtowanie na zasadzie swobody umów pozostaje dyskrejonalną decyzją Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że z przepisu § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia wprost wynika zasada, że koszty zastępstwa procesowego wchodziły w skład kosztów nie pełnomocnika strony, lecz „uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego”. Nie inaczej jest również z kosztami zastępstwa przed sądami - zgodnie bowiem z art. 98 § 3 KPC „do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wynagrodzenie...”. Roszczenie Odwołującego do wymagania takiej zmiany SWZ, by koszty te stanowiły jego dodatkowe wynagrodzenie jako profesjonalnego pełnomocnika, jest całkowicie bezzasadne, jako pozbawione podstaw prawnych, bowiem już z mocy prawa stanowią one (w razie ich zasądzenia) rekompensatę kosztów poniesionych przez stronę, nie zaś pełnomocnika strony. Na mocy norm regulujących zasady wykonywania zawodu, zarówno adwokata jak i radcy prawnego, nie jest dopuszczalne uregulowanie takie, które uzależniałoby wypłatę wynagrodzenia jedynie za pomyślny wynik sprawy – a contrario dopuszczalne jest w drodze swobody umów uregulowanie, które przewiduje także dodatkowe wynagrodzenie za pomyślny wynik sprawy. W przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, że Zamawiający wyposażony jest w uprawnienie do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego o których mowa w art. 353¹ k.c. Zasada swobody umów wymaga obopólnej zgody stron, zaś na gruncie ustawy Pzp to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć (art. 281 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Zarzut nr 3

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z utartą linią orzecniczą KIO oraz sądów powszechnych, zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć (wyrok KIO z 18 marca 2019 r., sygn. akt KIO 358/19, KIO 1080/17, KIO 1086/17).

Kluczowe dla Zamawiającego jest świadczenie usług prawnych, poprzez pełnienie dyżuru prawnego przez Personel Kluczowy w siedzibie Zamawiającego, w tym w innych miejscach wg potrzeb Zamawiającego, określonych w PPU. Zapewnienie kompleksowej obsługi prawnej zakresem obejmuje nie tylko sporządzanie opinii prawnych, analiz, dokumentów, pism procesowych itp., ale też m.in. osobisty udział w radach budowy, radach technicznych, roboczych spotkaniach stron zaangażowanych w realizację umów, uczestnictwo w rozmowach, negocjacjach, pertraktacjach, pracach grup roboczych i innych spotkaniach, jak również bieżące doradztwo w sprawach realizowanych w komórkach organizacyjnych. Dotychczasowa praktyka Zamawiającego pokazuje, że określona ilość spotkań z wymaganym udziałem osób świadczących usługi prawne organizowana jest ad hoc, stąd też obecność Personelu Kluczowego „na miejscu” jest dla Zamawiającego niezwykle istotna. Zamawiający przyjął w umowie, iż dopuszcza złożenie wniosku przez wykonawcę o wyrażenie zgody na świadczenie usługi w formie pracy zdalnej, ale traktuje to jako czynność mogącą wystąpić incydentalnie oraz nie powodującą zakłóceń w bieżącej pracy. Zdaniem Zamawiającego, nie ma konieczności wprowadzania do treści PPU szczegółowych regulacji zawierających procedurę odwoławczą w przypadku braku zgody na pracę zdalną ze strony Koordynatora Zamawiającego. Wykonawca bowiem zawsze, jako strona umowy, jest uprawniony do składania wszelkiego rodzaju wniosków, pism, korespondencji bezpośrednio do Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający ma prawo podejmować decyzje, co do kształtu i zakresu usługi świadczonej przez wykonawcę (wyrok KIO z 4 lutego 2019 roku, sygn. akt: KIO 51/19).

Zarzut nr 4

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, aby nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia określił warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do funkcji Koordynator/Lider Zespołu, wymagając posiadania 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.

Zamawiający podkreślił, że określone warunki udziału w postępowaniu chronią interes Zamawiającego, gdyż do postępowania dopuszczeni są jedynie wykonawcy dający rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie doszło do naruszenia fundamentalnej zasady tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza nie tylko, że nie mogą one być zbyt wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz również, że nie mogą być zbyt niskie. Warunki udziału w postępowaniu nie służą bowiem dopuszczeniu do udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców, lecz dopuszczeniu jedynie tych, którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia. Zamawiający przywołał stanowisko UZP wyrażone w piśmie ws. *Zasad wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp*.

W świetle ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione, oraz oszczędne, czyli zakładające zaangażowanie zasobów finansowych na poziomie w miarę możliwości niskim. Celowe i oszczędne gospodarowanie środkami publicznymi nie może jednak prowadzić do obniżenia standardów uzyskiwanych świadczeń. Wydatkowanie środków publicznych powinno bowiem następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach.

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, jako zarządca dróg krajowych i autostrad, realizuje prawie wszystkie inwestycje drogowe w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, przy minimalnym okresie realizacji umowy - 36 miesięcy. Znaczna część projektów realizowana jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie sam

okres projektowania, dla tego rodzaju inwestycji, średnio wynosi 15 miesięcy. Doświadczenie ograniczone zaledwie do 12 miesięcy nie gwarantuje Zamawiającemu, że wykonawca nabył wiedzę i doświadczenie odpowiednie dla zapewnienia należytego poziomu usługi polegającej na kompleksowej obsłudze prawnej w zakresie realizacji inwestycji drogowej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w szczególności dotyczących inwestycji budowlanych obejmujących jednocześnie proces projektowania, dostawy i budowy, bowiem te etapy inwestycji są bardzo zróżnicowane w kontekście czynności wykonywanych przez obsługę prawną. W praktyce oznaczać to będzie posiadanie przez Lidera wiedzy i doświadczenia m.in. z obszarów uzgodnień projektowych, gospodarki nieruchomościami, uzyskiwania niezbędnych pozwoleń na realizację robót budowlanych (wsparcie prawne na etapie przygotowania i projektowania), oraz znajomość metodyki zarządzania procesem złożonych roszczeń przez wykonawcę robót, prowadzenia arbitrażu i rozwiązywania sporów związanych z realizacją robót. Aby w pełni i skutecznie zabezpieczyć interes Zamawiającego do zakończenia całego tego procesu, Lider musi posiadać wiedzę i doświadczenie na każdym z tych etapów, tak aby mógł prawidłowo ocenić stan prawny wobec zaistniałego stanu faktycznego, minimalizować ryzyka pojawiające się na każdym etapie decyzji Zamawiającego w celu prawidłowego i zgodnego z prawem wyznaczenia kierunku działań do zarządzania np. powstałym sporem z wykonawcą robót. Biorąc pod uwagę już samą ilość inwestycji wykonanych i realizowanych przez Zamawiającego (Centrala i 16 Oddziałów) w ciągu ostatnich pięciu lat, to wymóg taki nie jest wygórowany i pozwoli na zachowanie konkurencji.

Wymaganie okresu 24 m-cy doświadczenia nie jest ani nieproporcjonalne w stosunku do czasu trwania umowy na obsługę prawną, ani do rzeczywistego okresu realizacji danych umów inwestycyjnych, których okres realizacji wynosi minimum 36 m-cy. Reszta argumentów Odwołującego stanowi jedynie jego subiektywną ocenę, nieopartą żadnym uzasadnieniem, które pozwalałoby na uwzględnienie zarzutu. Odwołujący nie udowodnił ani nawet nie wyjaśnił dlaczego uważa, że jego ocena jest właściwa oraz w jaki sposób wymóg narusza przepisy ustawy Pzp.

Ponadto, wymóg doświadczenia na poziomie min. 24 miesięcy dotyczy wyłącznie Lidera/Koordynatora, który z racji pełnionej funkcji winien wykazać się większym doświadczeniem, niż pozostali członkowie Personelu Kluczowego. Minimalny okres 24 miesięcy w stałej obsłudze prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem, dotyczącym inwestycji drogowej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w ocenie Zamawiającego, daje rękojmię, że dana osoba nabyła doświadczenie w obsłudze prawnej odpowiednie do zakresu spraw, które będą przedmiotem zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż jest to wymóg nie tylko nie oderwany od realiów rynkowych, ale im odpowiadający, a nawet niższy. Przykładem może być ogłoszenie o naborze na stanowisko radcy prawnego dla zamawiającego sektorowego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S.A. – gdzie kandydat na stanowisko radcy prawnego ma legitymować się min. 7 lat doświadczenia w wykonywaniu zawodu radcy prawnego; min. 5 lat doświadczenia w obsłudze prawnej procesów inwestycyjnych; min. 3 lata doświadczenia w obsłudze prawnej procesów inwestycyjnych na bazie warunków kontraktowych FIDIC.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że nawet Inwestorzy, których inwestycje przedstawiają mniejszą skalę w stosunku do inwestycji Zamawiającego, w celu zapewnienia obsługi prawnej na poziomie dającym rękojmię należytego zabezpieczenia interesów decydują się na poszukiwanie bardziej doświadczonych kandydatów i przyjmują ostrzejsze kryteria niż Zamawiający - wymagają nawet 3 letniego okresu doświadczenia w obsłudze prawnej procesów inwestycyjnych na bazie warunków kontraktowych FIDIC. Innym przykładem, jest oferta pracy ze strony wykonawcy na stanowisko specjalisty ds. roszczeń, „Minimum 2 lata doświadczenia na stanowisku Claim Specialist/Manager na kontrakcie Design & Build FIDIC”.

Zamawiający za nieuzasadniony uznał zarzut, że zawężenie doświadczenia do nabytego w charakterze radcy prawnego lub adwokata, z wyłączeniem nabywania doświadczenia jako aplikant jest warunkiem niezgodnym z Pzp, jako znacznie powyżej uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający zauważył, że zakres świadczonej przez aplikantów pomocy prawnej zależy od okresu odbywanej aplikacji. Zgodnie z ustawą o radcach prawnych (art. 35¹ ust. 1) i ustawą o adwokaturze (art. 77 ust. 1), dopiero po 6 miesiącach aplikacji, aplikant adwokacki bądź radcowski może zastępować radcę prawnego/adwokata przed sądami, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami, jednak z wyłączeniem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. Powyższe wskazuje, że aplikanci nie mogą świadczyć usług prawnych w pełnym zakresie, tak jak radcy prawni, czy adwokaci i nie działają na własny rachunek, lecz zawsze na rachunek i z upoważnienia pełnomocnika z uprawnieniami do wykonywania zawodu.

Zamawiający podkreślił, że realizuje kilkanaście znaczących inwestycji infrastrukturalnych za setki milionów złotych każda, zatem ryzyko nie zapewnienia odpowiedniej obsługi prawnej wskutek określenia za niskiego poziomu minimalnego doświadczenia z zakresu obsługi prawnej tych kontraktów, może wygenerować dla Skarbu Państwa ogromne straty finansowe. Zamawiający wyjaśnił, że planowanych jest rozpoczęcie kilkunastu kolejnych inwestycji. Wartość roszczeń wykonawców niejednokrotnie opiewa na kwoty kilkudziesięciu milionów złotych. Zarówno w trakcie przygotowania, jak i realizacji inwestycji, świadczenie usług prawnych wymagane jest m.in. w zakresie gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska, prawa wodnego, prawa energetycznego, podatkowego, finansowego, prawa pracy, zamówień publicznych, prawa administracyjnego, cywilnego i wielu innych. Ponadto, wykonawcy realizujący inwestycje oraz wykonawcy umów na nadzór i zarządzanie kontraktem są reprezentowani w relacjach z Zamawiającym przez profesjonalne kancelarie prawne, zatrudniające specjalistów wysokiej klasy. Konieczność zapewnienia profesjonalnego Personelu Kluczowego podyktowana jest przede wszystkim doświadczeniem Zamawiającego oraz wartością, zakresem, stopniem złożoności i warunkami realizacji inwestycji będących przedmiotem kompleksowej obsługi prawnej (łącznie kilka miliardów złotych).

Zamawiający wyjaśnił także, że zróżnicował okres doświadczenia zawodowego odpowiednio do funkcji, jaką mają pełnić osoby z Personelu Kluczowego (Lider/Koordynator radców prawnych/adwokatów oraz radca prawny/adwokat), biorąc pod uwagę, że Lider będzie koordynował pracę pozostałych dwóch osób z Personelu Kluczowego. Z racji określonej roli w realizacji umowy, Lider powinien więc wykazać się większymi umiejętnościami i większym doświadczeniem, które pozwoli na podejmowanie odpowiednich działań. Niemniej jednak argumentacja dotycząca ograniczenia wymaganego doświadczenia zawodowego opisanego j/w do doświadczenia zdobytego przy realizacji jednej umowy została przedstawiona bez rozróżnienia na poszczególne funkcje pełnione przez osoby z Personelu Kluczowego, albowiem pozostaje taka sama, zarówno w odniesieniu do Lidera, jak i osoby skierowanej do pełnienia funkcji radcy prawnego/adwokata.

Zamawiający wskazał, że kontrakty realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC zwykle realizowane są przez okres co najmniej kilku lat. Zachowanie swego rodzaju ciągłości doświadczenia przez okres wskazany w warunkach udziału w postępowaniu (w zależności od pełnionej funkcji), w ramach jednej umowy pozwala na zdobywanie

odpowiedniego doświadczenia, dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia. Doświadczenie nabywa się głównie poprzez zaangażowanie w określone sprawy i opiera się na wiedzy, jak pewne zadania wykonać. Legitymowanie się doświadczeniem przez okres wskazany w treści warunku udziału w postępowaniu (12 lub 24 miesiące w zależności od pełnionej funkcji) zdobyte w ramach różnych umów, zawieranych na okres np. kilku miesięcy, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, ponieważ stanowi doświadczenie niekompletne, nabyte w wyrwykowych okresach realizacji umowy, zamiast doświadczenia usystematyzowanego, charakteryzującego się ciągłością i wszechstronnością w ramach jak najszerzego studium przypadków występujących w ciągu realizacji danej umowy. Ze względu na specyfikę zamówienia (obsługa prawna kontraktów w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC), w tym aspekcie, nie jest istotna dla Zamawiającego ilość zdobytego doświadczenia, a jego jakość, o czym decyduje jego spójność i zakres.

Zamawiający wskazał, że proces procedowania roszczeń na kontrakcie może trwać kilkanaście miesięcy i więcej. Stąd też, niezwykle istotne jest wykazanie się doświadczeniem w określonym w warunkach udziału w postępowaniu okresie, ograniczonym do jednej umowy. Niezależnie od powyższego, doświadczenie oparte na FIDIC w obszarze prawnym skupia się również na opiniowaniu poleceń Zmian wydawanych w trakcie kontraktu, opiniowaniu umów z podwykonawcami, opiniowaniu dokumentów powstających w trakcie realizacji inwestycji i innych określonych umów. Różnorodność i stopień skomplikowania tematów wskazują, że doświadczenie nabyte przez okres wskazany w warunkach udziału w postępowaniu, ale w ramach różnych umów (np. kilkumiesięcznych), nie daje gwarancji, że osoba nabyła doświadczenie niezbędne dla należytego wykonania zamówienia.

Zarzut nr 5

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał zmiany treści Tomu I SWZ - zmienił punktację w kryterium D2 za każdą wykazaną inwestycję spełniającą opisane warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy – z 2 pkt na 1 pkt, jednak nie więcej niż 15 pkt.

Zamawiający wskazał, że kryteria oceny ofert służą m.in. zagwarantowaniu lepszej jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, co wiąże się z możliwością punktowania przez instytucję zamawiającą na tym etapie spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż minimalne. Zamawiający wyjaśnia, że celem kryterium jest premiowanie wykonawców posiadających jak największe doświadczenie w inwestycjach liniowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, gdyż długość okresu doświadczenia przekłada się na jakość obsługi prawnej.

Zamawiający podkreślił, że inwestycje liniowe realizowane z wykorzystaniem warunków FIDIC nie są realizowane wyłącznie przez GDDKiA i jest to fakt powszechnie znany. Zamawiający przedstawił przykładowe wyliczenie podmiotów zainteresowanych ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie (podmioty ze Szczecina, Wrocławia, Warszawy), wobec czego zarzut ograniczania konkurencji jest bezpodstawny.

Zarzut nr 6 lit.b

W odniesieniu do zarzutu - pkt 6 lit.b odwołania, dotyczącego niejasnego opisu kryterium oceny ofert – kryterium D4, Zamawiający wyjaśnił, że dokonał zmiany treści SWZ dnia 12 maja br. Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu dotyczą właściwości podmiotowych wykonawcy, a kryteria oceny ofert odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu jest minimalnym wymogiem, który kwalifikuje wykonawcę do ubiegania się o zamówienie. Natomiast ustalone kryteria oceny ofert, mają na celu umożliwienie Zamawiającemu wybrania na ich podstawie najkorzystniejszej oferty. W przypadku kryterium D4, Zamawiający określił zasady przyznawania punktów w ten sposób, że przynosi 1 pkt za każdą reprezentację prawną ponad wymaganą warunkiem udziału w postępowaniu. Punktowane będzie zarówno doświadczenie przed sądem powszechnym, jak i administracyjnym.

Pismem z dnia 10 czerwca 2021 r. Odwołujący oświadczył, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący nie popiera dalej zarzutów odwołania zawartych w pkt 1b, pkt 2, pkt 6a i 6b.

Pismem z dnia 10 czerwca 2021 r. Przystępujący Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie, przedstawił swoje stanowisko w sprawie i podniósł, jak poniżej:

Zarzut nr 1

Ustanowienie mechanizmu, zgodnie z którym miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe należne wykonawcy z tytułu świadczenia pomocy prawnej będzie za każdym razem obniżone o należność z przedłożonej faktury VAT, jest sprzeczne z treścią i celem przepisów § 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). Tym samym, Zamawiający usiłuje ułożyć treść postanowień umowy z przekroczeniem zasady swobody umów uregulowanej w art. 353(1) k.c. Zdaniem Przystępującego, istota wynagrodzenia za zastępstwo procesowe pokrywać ma koszty dodatkowej pracy związanej z przygotowaniem do reprezentacji przed KIO - obowiązek przedłożenia faktury z tytułu reprezentacji przed KIO wynikający z ww. rozporządzenia koreluje z tą istotą, a postanowienia ogłoszenia w sposób niedozwolony wykorzystują ten mechanizm do obejścia przepisów o kosztach w celu sfinansowania kosztów stałej obsługi.

Z kolei niezgodne z naturą stosunku prawnego w postaci stałej obsługi prawnej wynagradzanej ryczałtowo jest częściowo finansowanie wynagrodzenia wykonawcy (*de facto*) przez przeciwników procesowych. Postanowienia ogłoszenia nie regulują także sytuacji, w której w danym miesiącu łączne wynagrodzenie wynikające z wystawionych i przedłożonych w KIO faktur będzie wyższe niż wynagrodzenie miesięczne ryczałtowe. Logika postanowień ogłoszenia, choć, jak wspomniano literalnie niewyraźna, wskazuje na obowiązek zwrotu przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego różnicy między wynagrodzeniem wynikającym z faktur, a wynagrodzeniem ryczałtowym, choć przepisy prawa podatkowego wydają się nie przewidywać takiej sytuacji (art. 106j ustawy o VAT).

Przystępujący zwrócił uwagę, że składając wniosek kosztowy, oraz przedkładając odpowiednią fakturę, wykonawca zmuszony będzie do poświadczania nieprawdy zarówno w treści oświadczenia we wniosku kosztowym, jak i w opisie faktury - w rzeczywistości bowiem, wniosek nie dotyczył będzie kosztów zastępstwa procesowego już poniesionych przez Zamawiającego i związanych z dodatkowym nakładem pracy za przygotowanie reprezentacji przed KIO (a zaliczanych później na poczet stałego, miesięcznego wynagrodzenia). Także opis faktury o treści „przygotowanie i reprezentacja przed KIO” również będzie niezgodny z prawdą, gdyż w rzeczywistości opiewać ona będzie na należność z tytułu stałego ryczałtowego wynagrodzenia, rozliczanego, jako usługa, z dołu na koniec miesiąca.

Skoro więc w istocie należność, na którą opiewa faktura nie będzie stanowiła zapłaty za reprezentację przed KIO, a z tytułu stałej obsługi prawnej, to nie będzie wystawiana w dniu wykonania usługi za dany okres rozliczeniowy - wykonania świadczenia w postaci kompleksowej obsługi prawnej rozliczanej miesięcznie, co jest niezgodne z przepisami prawa podatkowego (art. 19a ust. 1 ustawy o VAT). Dodatkowo z momentem wystawienia faktury wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty podatku VAT, w istocie za usługę stałej pomocy prawnej, której w danym okresie rozliczeniowym nie wykonał jeszcze w całości. Przy rozwiązaniu przewidzianym w treści ogłoszenia nie sposób

mówić o kosztach już poniesionych przez Zamawiającego - koszt taki, w postaci wynagrodzenia miesięcznego za stałą obsługę prawną poniósłby dopiero z końcem danego miesiąca, po rozliczeniu tego okresu rozliczeniowego. Brak jest w takim przypadku podstaw do przedstawienia faktury opiewającej na wynagrodzenie z tytułu ustanowienia pełnomocnika przed KIO - w istocie bowiem objęte to będzie wynagrodzeniem ryczałtowym. W ocenie Przystępującego, faktycznie więc, Zamawiający wyklucza prawo wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia z tytułu reprezentacji przed Izłą, co kompensować ma stałe wynagrodzenie miesięczne. Zamawiający, rezygnując z wynagradzania wykonawcy z tytułu zastępstwa procesowego przed Izłą, wyłączyć powinien obowiązek przedkładania w Izbie faktury VAT wraz z wnioskami kosztowymi.

Sam fakt uznawania, że przygotowanie do reprezentacji i zastępstwo przed Krajową Izłą Odwoławczą jest objęte comiesięczną ryczałtową płatnością jest o tyle niedopuszczalny, że z jednej strony ustawodawca wprost przewidział odrębny tryb i tytuł do ich ponoszenia, a z drugiej „płacenie” w ryczałcie (w miesiącach kiedy nie ma sporów przed KIO) za zakres odrębnie identyfikowany jako przesłanka do rozliczenia może być traktowany jako sprzeczny z zasadami wydatkowania środków publicznych, tj. płacenia za świadczenie, które nie było realizowane. Także cecha ryczałtu w postaci nieprzewidywalności skali świadczenia - w przypadku kosztów zastępstwa przed KIO jest wymiarowana każdym odrębnym odwołaniem/sprawą i każdorazowym odrębnym tytułem do zasądzenia samodzielnych uzasadnionych kosztów w wysokości maksymalnie wskazanej w ww. rozporządzeniu. Świadczenie usługi pomocy prawnej, w tym zastępstwa procesowego także przed KIO jest świadczeniem starannego działania, a nie efektu, tym samym usługa zastępstwa jest zawsze dodatkowym, odrębnie identyfikowanym świadczeniem, a jedynie skutki, kto koszt ten ponosi rozstrzyga Izła w orzeczeniu.

Wspomniano już, że postanowienia ogłoszenia nakazują rezygnację wykonawcy z należnego mu (i przewidzianego przepisami prawa) dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO (wynikającej z wystawianej przez niego, obowiązkowo w świetle postanowień ogłoszenia, faktury). Pomimo więc spełnienia świadczenia, z tytułu którego wykonawca wystawi fakturę, nie otrzyma on należnego z niej wynagrodzenia. Taki mechanizm nie znajduje oparcia w przepisach prawa podatkowego, w szczególności nie może być potraktowany jako udzielenie Zamawiającemu rabatu, z uwagi na nieekwiwalentność udzielonych Zamawiającemu świadczeń. Udzielenie rabatu powinno mieć uzasadnienie ekonomiczne zaś jego efektem finalnym wyznaczonym przez podatnika winien być podstawowy cel działalności gospodarczej, a więc zysk. Natomiast brak tego rodzaju uzasadnienia może wskazywać na zamiar obejścia prawa i unikania opodatkowania czynności dostawy towaru czy wykonania usługi.

Nie można też podzielić argumentu, że przy tego typu mechanizmie rozliczenia, wszelkie konieczne nakłady pracy i związane z tym koszty, jakie generować będzie świadczenie zastępstwa procesowego przez KIO, wykonawcy będą mogli uwzględnić w oferowanym, ryczałtowym wynagrodzeniu miesięcznym. Ilość postępowań odwoławczych jakie będą toczyły się w przyszłości w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego jest w zasadzie kwestią nieprzewidywalną. Wykonawcy nie mają narzędzi, aby w sposób odpowiednio rzetelny „wycenić” to ryzyko, co odbić się może negatywnie i na budżecie Zamawiającego.

Ponadto, Przystępujący wskazał, że Zamawiający dochodzić może tylko kosztów już poniesionych w związku z koniecznością reprezentacji przed KIO, a nie kosztów poniesionych w związku ze stałą obsługą prawną. Troska o zabezpieczenie interesu Zamawiającego znika w sytuacji przegranej sporu przed KIO, kiedy koszt realny np. w postępowaniu „unijnym” na roboty budowlane jest niemal 7 krotnie wyższy niż koszt ponoszony na swojego pełnomocnika — a sam Zamawiający w interesie własnym, a jednocześnie obawie przed skutkami związanymi z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych — płaci odwołującemu często jeszcze przed otrzymaniem orzeczenia KIO wraz z pisemnym uzasadnieniem.

Mając na uwadze fakt, że zasadnicze wynagrodzenie wykonawcy jest stałe, to fakt, że w danym miesiącu rozliczeniowym będzie miała miejsce reprezentacja przed KIO, nigdy nie zwiększy to kosztów poniesionych przez Zamawiającego na obsługę prawną. Kwota wynagrodzenia zasadniczego (a więc tym samym wysokość wydatków ponoszonych przez Zamawiającego na obsługę prawną) będzie taka sama w miesiącu, w którym postępowania przed Izłą nie było, jak i w tym, w którym takie postępowanie (lub postępowania) będzie się toczyć. Co więcej, faktycznie, w wypadku wygrania sporu, Zamawiający ponosił będzie mniejsze wydatki tytułem stałego, miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy, bowiem finansował będzie w takiej sytuacji realizację zamówienia na stałą, ryczałtowo rozliczaną obsługę prawną, należnościami zasądzonymi przez Izłą od przeciwników procesowych Zamawiającego. Ta okoliczność czyni jeszcze bardziej jaskrawym sprzeczność ustanowionego mechanizmu z celem i naturą wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego. Zamawiający będzie bowiem „bogacił” się na wykonywaniu przez wykonawcę jego obowiązków, co zdecydowanie nie jest zgodne z zasadami prawa zamówień publicznych i nie wpisuje się w żaden sposób w definicję zamówienia publicznego.

Argumentacja wskazująca na „pokrycie” wynagrodzenia związanego z reprezentacją przed KIO ze stałego, miesięcznego wynagrodzenia jest zupełnie nie do pogodzenia, biorąc pod uwagę nieekwiwalentność tego świadczenia w stosunku do pozostałych świadczeń z tytułu stałej obsługi prawnej (realizowanej codziennie i całonocowo). Dość bowiem wskazać, że np. przy miesięcznym wynagrodzeniu ryczałtowym w wysokości 15 tys. złotych, jedna reprezentacja przed KIO (o wartości wspomnianych 3.600 zł) warta byłaby aż ponad 1/5 miesięcznego wynagrodzenia, mimo, że bez wątpienia jedna reprezentacja przed KIO nie stanowiłaby 1/5 wszystkich obowiązków wykonawcy w danym miesiącu rozliczeniowym.

Zarzut nr 3

Przystępujący zwrócił uwagę, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych, obowiązujące od 1 stycznia br. Jednym z celów przyświecających ustawodawcy przy wprowadzaniu nowej regulacji prawnej było zrównoważenie pozycji stron umowy o zamówienie publiczne i wyeliminowanie często nadużywanego prawa Zamawiającego do kształtowania realiów w jakich wykonywane będzie zamówienie czy przerzucania ryzyk kontraktowych na wykonawców. Przejawem tego, poza uzasadnieniem projektu ustawy, jest norma przepisu art. 431 Pzp ustanawiająca regułę realizacji zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów obu stron, wyrażająca się w obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia.

Ukształtowanie więc arbitralnego prawa pracownika Zamawiającego do wyrażania zgody na świadczenie pracy zdalnej przez wykonawcę, niezależnie od realiów w jakich pracować będą chociażby pracownicy Zamawiającego, godzi w zasadę współdziałania, a także w możliwość wykonania, ciążących na wykonawcach jako pracodawcach, obowiązków w stosunku do podwładnych. Celem odwołania, jak rozumie Przystępujący, w zakresie tego zarzutu, jest wyeliminowanie dowolności i subiektywnej uznaniowości po stronie Zamawiającego.

Zarzut nr 4

Przystępujący zakwestionował prawdziwość przedstawianych przez Zamawiającego argumentów, zgodnie z którymi, zaskarżone w zarzucie 4 petitum odwołania warunki udziału w postępowaniu są proporcjonalne. Przystępujący wskazał, że warunki kontraktowe FIDIC dzielą się na co najmniej 3 rodzaje:

- 1) tzw. czerwona księga FIDIC — w przedmiocie warunków kontraktowych, w których projekt budowlany dostarcza sam podmiot zamawiający, a wykonawca realizuje na jego podstawie roboty budowlane (kontrakt typu „buduj”);
- 2) tzw. żółta księga FIDIC — w przedmiocie warunków kontraktowych, w których wykonawca wykonuje zarówno prace projektowe jak i budowlane (kontrakt typu „projektuj-buduj”);
- 3) tzw. srebrna księga FIDIC — w przedmiocie warunków kontraktowych, w których wykonawca przygotowuje opis inwestycji, projektuje ją, a następnie realizuje (kontrakt typu „pod klucz”).

Tymczasem, treść warunku udziału w postępowaniu w ogóle nie określa jakiego rodzaju warunków kontraktowych FIDIC dotyczy ma doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia, wobec czego, warunek udziału w postępowaniu spełnić może osoba, która nabyła doświadczenie przy obsłudze kontraktu realizowanego w formule „buduj” (czerwona księga) i nigdy nie doradzała/nie świadczyła pomocy prawnej na etapie projektowania czy przygotowania inwestycji. Treść przedmiotowego warunku nie rozstrzyga też, że wymagane doświadczenie nabyte w ramach kontraktu FIDIC obejmować ma właśnie etap projektowania zamierzenia inwestycyjnego.

Powyższe czyni argumenty o rzekomej uzasadnionej potrzebie Zamawiającego nakierowanej na zapewnienie rękojmi należytego wykonania zamówienia niewiarygodnymi i prowadzi do wniosku, iż nie stanowią one prawdziwej przyczyny zastrzeżenia takiego warunku udziału w postępowaniu. Podobne stanowisko w tożsamej co do stanu faktycznego i prawnego sprawie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 935/21.

Zdaniem Przystępującego, zakres obowiązków osoby dedykowanej do pełnienia funkcji lidera, konieczność czuwania nad resztą zespołu (świadczącego swoją obsługę co do zasady na miejscu — w siedzibie Zamawiającego), obowiązek osobistego świadczenia dyżuru przez lidera, a także 3 letni horyzont realizacyjny umowy, determinuje, że do pełnienia tej funkcji skierowana musi zostać osoba aktywna zawodowo na terenie Trójmiasta.

Ponadto, warunek stanowi wprost o konieczności doświadczenia przy realizacji inwestycji drogowej, a GDDKIA jest w zasadzie jedynym inwestorem drogowym, który realizuje zamówienia w formule kontraktowym FIDIC.

Z uwagi chociażby na konflikt interesów oraz fakt, że wykonawcami inwestycji drogowych lub pełniącymi nad nimi nadzór są największe podmioty gospodarcze, pomoc prawną dla wykonawców świadczą sieciowe, międzynarodowe kancelarie, które nie ubiegają się o udzielenie zamówień publicznych na obsługę prawną inwestorów, a „przepływ” zasobów pomiędzy tego typu podmiotami, a kancelariami specjalizującymi się w obsłudze zamawiających jest znikomy. Zastrzeżenie zbyt wysokich i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, prowadzi do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych - wydatkowania ich w wysokościach nadmiarowych w stosunku do cen jakie Zamawiający mógłby otrzymać od wykonawców posiadających niższe niż wymagane dokumentację postępowania, acz wystarczającą do realizacji zamówienia doświadczenie.

Przystępujący wskazał, że żądania i twierdzenia odwołania nie są nakierowane na możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia aplikantów, jako członków zespołu, ale na możliwość wykazania się przez osobę skierowaną do wykonania zamówienia doświadczeniem nabytym jako aplikant. Zdaniem Przystępującego, fakt zdania egzaminu zawodowego potwierdza, że dalsza kariera zawodowa jest oczywistą kontynuacją doświadczenia nabytego w toku aplikacji. Dla faktycznego nabywania istotnego merytorycznie doświadczenia, zasady ponoszenia odpowiedzialności zawodowej są drugorzędne. Jak też wynika z pragmatyk zawodowych radców prawnych czy adwokatów, zakres pomocy prawnej do jakiej świadczenia (co prawda z upoważnienia osoby posiadającej tytuł zawodowy) uprawnieni są aplikanci, poza reprezentacją przez TK, SN, TS i NSA, jest tożsamy. W realiach przedmiotowego zamówienia osoby świadczące pomoc prawną nie będą mieć sposobności reprezentacji go przed TK i TS. Jak ponadto wynika z OPZ i wyjaśnień Zamawiającego, Zamawiający obecnie nie ma żadnych spraw toczących się przed SN i NSA.

W treści warunków nie zostały zastrzeżone wymagania referujące do wartości umów, robót lub inwestycji, które kierowani do realizacji zamówienia radcowie prawni lub adwokaci obsługiwali. Zakres wyzwań formalnoprawnych, stosowane przepisy czy procedury dla inwestycji kilkumilionowej są w zasadzie tożsame z inwestycjami kilkusetmilionowymi.

Przystępujący zauważył, że obok wymagania nabywania doświadczenia przy obsłudze jednej umowy, Zamawiający wymaga też nabywania doświadczenia przez określony czas, co samo w sobie zapewnia, że osoba skierowana do realizacji zamówienia ma doświadczenie zawodowe związane z obsługą różnych zdarzeń podczas inwestycji, a nie, jak błędnie twierdzi Zamawiający, doświadczenie „incydentalne”.

Zarzut nr 5 i 6a

Przystępujący podniósł, że sposób, w jaki Zamawiający „uwzględnił” zarzut nr 6a odwołania, nie konwaliduje naruszenia związanego z zastrzeżonym kryterium nr D2 wyrażonego w zarzucie nr 5, gdyż w istocie wprowadzona zmiana czyni to kryterium jeszcze bardziej restrykcyjnym i ograniczającym konkurencję — zamiast bowiem w zasadzie 8 kontraktów, przy których obsłudze osoby skierowane do realizacji zamówienia miały mieć doświadczenie by zdobyć max. ilość punktów, obecnie wymaganych jest aż 15.

W ocenie Przystępującego ww. kryterium jest nakierowane na premiowanie dotychczasowego wykonawcy świadczącego pomoc prawną na rzecz Zamawiającego, przy jednoczesnym braku istotnego wpływu na jakość realizowanych usług. Nie można bowiem pomijać, że Zamawiający oceniać będzie zadeklarowane doświadczenie tylko tych osób, które zostały wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (max. 3 osoby), które będą realizować zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.).

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu nr 1b odwołania, tj. naruszenia przepisu art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 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), przez ustanowienie w OPZ i umowie mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie takich kosztów oraz przedkładania faktury VAT i 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”, co jest jednocześnie sprzeczne z celem i naturą wynagrodzenia tytułem zastępstwa procesowego, wykonawca zmuszony będzie także do złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia przed KIO oraz zawartego w opisie faktury, w zakresie poniesienia kosztów tytułem zastępstwa prawnego przez Zamawiającego oraz w zakresie faktycznego charakteru tego wynagrodzenia – zarzut uwzględniony przez Zamawiającego i niepodtrzymany przez Odwołującego;

- zarzutu nr 2 odwołania, tj. naruszenia przepisu art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 Pzp, przez ustanowienie wymagania, aby Lider/Koordinator zespołu radców prawnych/adwokatów wykonawcy pełnił dyżury prawne w siedzibie Zamawiającego codziennie co najmniej przez 4 godziny obok innego członka Personelu Kluczowego lub dwóch z nich (w sytuacji, gdy pełni oni będą dyżur jednocześnie), co stanowi:

- a) pozbawioną uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, nieuprawnioną ingerencją w sposób realizacji zamówienia, którego organizacja (oraz odpowiedzialność z tego tytułu - § 3 ust. 4 PPU) spoczywa na Wykonawcy, zwłaszcza, że obowiązek codziennej obecności Koordynatora nie jest uzależniony ani w żaden sposób powiązany z aktualnym nakładem pracy oraz, że Wykonawca i tak zapewnić ma stałą i pełną dostępność zdalną wszystkich członków zespołu prawnego, w tym Koordynatora, w dni w które nie świadczą oni dyżuru w siedzibie Zamawiającego,
- b) wręcz niemożliwy do spełnienia warunek, aby osoba Koordynatora była dostępna w siedzibie Zamawiającego przez co najmniej 4 godziny dziennie przez cały okres realizacji Umowy bez uregulowania jakiegokolwiek procedury zastępowania takiej osoby podczas jej nieobecności (spowodowanej np. urlopem, chorobą czy innymi losowymi zdarzeniami);

wobec okoliczności, że zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego, a Odwołujący nie podtrzymywał tego zarzutu.

- zarzutu nr 6a i 6b odwołania, tj. naruszenia przepisu art. 240 ust. 1 Pzp, przez ustanowienie niejasnych opisów kryteriów oceny ofert przez:

- a) ustanowienie kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”, zgodnie z którym, za każdą wykazaną inwestycję spełniającą opisane warunki, przy której wskazana osoba świadczyła stałą obsługę prawną przez okres co najmniej 12 miesięcy Zamawiający przyzna 2 punkty jednak nie więcej niż 15 punktów — co powoduje, że aby otrzymać max. liczbę punktów w ramach tego kryterium, Wykonawca musi wykazać, że dana osoba świadczyła obsługę prawną przy 7 i połowie inwestycji, w sytuacji, gdy opis tego kryterium nie ustanawia postanowień pozwalających na ustalenie doświadczenia w postaci „połowy” inwestycji,
- b) ustanowienie kryterium D4 - „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu” zgodnie z którym w odniesieniu do każdej z osób skierowanych do realizacji zamówienia Zamawiający przyzna 1 punkt za każdą reprezentację prawną przed Sądem powszechnym lub w arbitrażu, „ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu, jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie” - podczas, gdy warunki udziału w postępowaniu nie referują do żadnego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie występowania przed sądami lub w arbitrażu,

wobec okoliczności, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 6a, a Odwołujący nie podtrzymywał zarzutu 6a i 6b odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca, T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p.z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 3 Pzp, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła opozycję wniesioną przez Zamawiającego wobec przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę S.I.D.A.L. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba zważyła, że ww. wykonawca prowadzi działalność gospodarczą w formie spółki kapitałowej, która w myśl art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 75, 2320 ze zm.), a także art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1651, 2320 ze zm.) posiada formę prawną, która nie jest dopuszczona jako forma prawna wykonywania zawodu radcy prawnego i adwokata, tj. do świadczenia pomocy prawnej.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 Pzp) podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 Pzp), która stanowi obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Potwierdził się zarzut naruszenia 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.) w zw. z art. 8 i art. 16 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 (Oz. 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), przez ustanowienie w OPZ i umowie mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie takich kosztów oraz przedkładania faktury VAT i w sytuacji, gdy Izba zasądzi te koszty na rzecz Zamawiającego, a Zamawiający zapłaci ich sumę wykonawcy, 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 sprowadzać się 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 oraz jest sprzeczne z celem i naturą wynagrodzenia tytułem zastępstwa procesowego, i w związku z tym wykonawca zmuszony będzie do złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia przed KIO oraz zawartego w opisie faktury, w zakresie poniesienia kosztów tytułem zastępstwa prawnego przez Zamawiającego oraz w

zakresie faktycznego charakteru tego wynagrodzenia.

Postanowienia § 5 ust. 4-8 Tomu II SWZ (projektowane postanowienia umowy) zostały przytoczone w treści odwołania, wobec czego Izba odstąpiła od cytowania tych postanowień ponownie w niniejszym uzasadnieniu. Treść postanowień nie była sporna pomiędzy stronami postępowania.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie stałej obsługi prawnej. Przedmiot zamówienia został opisany w Tomie II (Projektowane Postanowienia Umowy) oraz Tomie III (Opis Przedmiotu Zamówienia) SWZ. W skład przedmiotu zamówienia wchodzi również świadczenie zastępstwa procesowego, m.in. przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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) 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. Zgodnie z ww. rozporządzeniem, wniosek o zasądzenie kosztów poniesionych przez stronę na wynagrodzenie pełnomocnika strona powinna złożyć wraz z rachunkiem lub spisem kosztów. Tym samym, złożenie wniosku o zasądzenie przez Izbę od strony przeciwnej kosztów zastępstwa procesowego jest skuteczne wraz z oświadczeniem o ich poniesieniu, czego dowodem jest składany rachunek lub spis. Zgodnie z § 1 pkt 2 i § 5 pkt 2 lit.b ww. rozporządzenia, zwrot na rzecz strony kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą dotyczy kosztów już uiszczonych na rzecz pełnomocnika z tytułu czynności związanych z przygotowaniem i reprezentacją przed KIO.

Wobec powyższego, ustanowienie przez Zamawiającego w postępowaniu mechanizmu, zgodnie z którym miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe należne wykonawcy z tytułu świadczenia stałych usług pomocy prawnej będzie obniżane o należność z przedłożonej faktury VAT jest sprzeczne z treścią i celem ww. przepisów. Tym samym, ustanowienie takich postanowień umowy wykracza poza zasadę swobody umów uregulowanej w art. 353¹k.c., który stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Naturą stosunku prawnego, a tym samym wynagrodzenia za zastępstwo procesowe profesjonalnego pełnomocnika jest jego dodatkowy charakter związany ze zwiększonym nakładem pracy pełnomocnika, przygotowaniem pism procesowych, wystąpieniem przed organem orzekającym itp. Ustawa o radcach prawnych określa 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 przyznanych 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".

Natura wynagrodzenia za zastępstwo procesowe polega też na tym, że pokrywać ma ono koszty pracy związanej z przygotowaniem do reprezentacji i reprezentacją strony przed KIO. Potwierdzeniem poniesionych w powyższym zakresie kosztów jest przedkładana na posiedzeniu/rozprawie faktura.

Regulacja przyjęta przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, w sposób niedozwolony wykorzystuje ten mechanizm do obejścia przepisów o kosztach w celu sfinansowania kosztów stałej obsługi prawnej. Częściowe finansowanie wynagrodzenia wykonawcy z tytułu stałej obsługi prawnej, rozliczanej ryczałtowo, z kosztów ponoszonych przez przeciwników procesowych jest niezgodne z naturą tego stosunku prawnego. W takim przypadku, nie budzi wątpliwości fakt, że składając wniosek kosztowy, oraz przedkładając fakturę, wykonawca (pełnomocnik) zmuszony będzie do poświadczania nieprawdy gdyż wniosek nie będzie *de facto* dotyczył kosztów zastępstwa procesowego poniesionych przez Zamawiającego i związanych z dodatkowym nakładem pracy za przygotowanie i reprezentację przed KIO, ale części kosztów stałego miesięcznego wynagrodzenia za obsługę prawną. Podkreślić też należy, że przepisy prawa podatkowego nie przewidują możliwości wystawienia korekty faktury w sytuacji, gdy różnica między wynagrodzeniem ryczałtowym, a wynagrodzeniem z tytułu reprezentacji przed KIO będzie podlegała zwrotowi. Faktura nie będzie wystawiana w dniu wykonania usługi za dany okres rozliczeniowy - wykonania świadczenia w postaci kompleksowej obsługi prawnej rozliczanej miesięcznie, co jest niezgodne z art. 19a ust. 1 ustawy o VAT.

W myśl przewidzianej przez Zamawiającego regulacji, należność, na którą opiewać będzie faktura, faktycznie będzie stanowiła koszt ustalony przez Zamawiającego w sposób nieproporcjonalny jako część należności wykonawcy (pełnomocnika) z tytułu stałej obsługi prawnej. Podkreślić należy, że Zamawiający, ujmując w ramach przedmiotu zamówienia usługę zastępstwa procesowego przed KIO, nie wskazał ile tych usług w miesiącu wykonawca powinien wycenić w ofercie ani po jakiej stawce. Nie przewidział też konieczności wystawienia dodatkowej faktury do rozliczenia tych usług. Nie można się zgodzić z Zamawiającym, że przy tego rodzaju mechanizmie rozliczenia, wszelkie konieczne nakłady pracy i związane z tym koszty, wynikające i związane ze świadczeniem zastępstwa procesowego przed KIO wykonawcy będą mogli uwzględnić w oferowanym, ryczałtowym wynagrodzeniu miesięcznym. Zarówno ilość postępowań przed KIO, jak i nakład pracy w danym miesiącu jest trudny do przewidzenia. Wykonawcy nie mają więc narzędzi, aby w sposób rzetelny wycenić to ryzyko w ofercie na stałą obsługę prawną, co odbiłoby się negatywnie na budżecie Zamawiającego.

Proponowany przez Zamawiającego sposób rozliczenia polegający na „pokryciu” wynagrodzenia związanego z reprezentacją przed KIO ze stałego, miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia jest nie do przyjęcia ze względu na fakt, że koszt tego świadczenia (max. 3.600,00 zł brutto) może być nieekwiwalentny w odniesieniu do świadczeń z tytułu stałej obsługi prawnej, a także nieproporcjonalny do całościowego ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego. Nie można wykluczyć nawet sytuacji, w której w przeciągu danego miesiąca łączne wynagrodzenie wynikające z wystawionych i przedłożonych w KIO faktur będzie wyższe niż wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu stałej obsługi prawnej. W ten sposób Zamawiający mógłby finansować koszt stałej obsługi prawnej środkami uzyskanymi z tytułu zastępstwa, zasądzonymi od drugiej strony postępowania odwoławczego.

Zwrócić należy dodatkowo uwagę, że kwestionowane postanowienia umowne faktycznie pozbawiają wykonawcę uprawnienia do otrzymania kwoty wynikającej z faktury, która byłaby zasądzona na rzecz Zamawiającego tytułem zastępstwa procesowego. W ocenie Izby, skoro koszt zastępstwa procesowego miałby być wliczony w stałe wynagrodzenie ryczałtowe, płatne na podstawie faktury wystawionej za dany miesiąc, to wykonawca nie mógłby złożyć do Izby odrębnej faktury za zastępstwo procesowe w imieniu Zamawiającego. Jedynie rozdzielenie tych świadczeń może uprawniać do rozliczenia ich kosztów na podstawie odrębnych faktur.

Za niezasady Izba uznała zarzut naruszenia art. 353¹ w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 i art. 16 Pzp,

przez ustanowienie arbitralnego prawa Koordynatora realizacji umowy po stronie Zamawiającego do wyrażania lub niewyrażania zgody na świadczenie usługi w formie pracy zdalnej (bez konieczności świadczenia dyżurów w siedzibie Zamawiającego) bez wskazania ku temu obiektywnych i weryfikowalnych kryteriów, bez uwzględnienia trybu pracy pracowników Zamawiającego i wykonawcy, panującej sytuacji epidemicznej oraz bez uregulowania trybu odwoławczego od tej decyzji.

Izba zważyła, że Zamawiający na potrzeby niniejszego postępowania dokładnie i szczegółowo zidentyfikował swoje potrzeby w zakresie zapewnienia stałej obsługi prawnej. Kluczowe dla Zamawiającego oraz uzasadnione charakterem realizowanych zadań, jest uzyskanie usług prawnych w drodze bezpośredniej - dyżuru prawnego przez Personel Kluczowy w siedzibie Zamawiającego, a także w innych miejscach wg potrzeb Zamawiającego, określonych w PPU. Jak wynika z OPZ, zapewnienie kompleksowej obsługi prawnej swoim zakresem obejmuje nie tylko sporządzanie opinii prawnych, analiz, dokumentów, pism procesowych itp., ale też m.in. osobisty udział w radach budowy, radach technicznych, roboczych spotkaniach stron zaangażowanych w realizację umów, uczestnictwo w rozmowach, negocjacjach, pertraktacjach, pracach grup roboczych i innych spotkaniach, jak również bieżące doradztwo w sprawach realizowanych w komórkach organizacyjnych. Jak wskazywał Zamawiający, jego dotychczasowa praktyka pokazuje, że określona ilość spotkań z wymaganym udziałem osób świadczących usługi prawne organizowana jest *ad hoc*, stąd też fizyczna obecność Personelu Kluczowego jest niezwykle istotna.

Zamawiający przyjął w umowie, że dopuszcza złożenie wniosku przez wykonawcę o wyrażenie zgody na świadczenie usługi w formie pracy zdalnej, z tym, że nie może to zakłócać bieżącej pracy Zamawiającego.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, nie ma potrzeby wprowadzania do treści PPU szczegółowego wyspecyfikowania listy konkretnych sytuacji ani określenia „procedury odwoławczej” od decyzji Koordynatora Zamawiającego. Zamawiający, zgodnie ze swoimi uzasadnionymi i obiektywnymi potrzebami, jest uprawniony do samodzielnej oceny zasadności wniosku wykonawcy o pracę zdalną, z uwzględnieniem argumentacji wykonawcy. Uprawnienie to nie narusza przepisów prawa ani zasad współżycia społecznego, ani nie sprzeciwia się naturze danego stosunku prawnego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych dla niego warunków realizacji przedmiotu zamówienia z pominięciem lub choćby ograniczeniem uzasadnionego interesu zamawiającego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 112 w zw. z art. 16 Pzp, przez ustanowienie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia.

- Zarzut dotyczący wymagania posiadania przez Lidera/Koordynatora minimum 24 miesięcy doświadczenia w stałej obsłudze prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

W ocenie Izby, okres 12 miesięcznego doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji Koordynatora/Lidera, wnioskowane przez Odwołującego, nie gwarantuje Zamawiającemu, że osoba taka posiada wiedzę i doświadczenie odpowiednie dla zapewnienia należytego poziomu usługi polegającej na kompleksowej obsłudze prawnej w zakresie realizacji inwestycji drogowych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Lider będzie koordynował pracę pozostałych dwóch osób z Personelu Kluczowego i z racji określonej roli w ramach realizacji umowy, Lider w sposób oczywisty powinien wykazać się większymi umiejętnościami i większym doświadczeniem niż pozostały personel, co pozwoli na sprawne organizacyjnie i trafne merytorycznie podejmowanie stosownych działań.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, że poszczególne etapy realizacji takich inwestycji są bardzo zróżnicowane, również pod względem odpowiednich na poszczególnych etapach czynności wykonywanych przez obsługę prawną. Jak wskazywał Zamawiający, w praktyce występuje konieczność posiadania przez Lidera wiedzy i doświadczenia z wielu obszarów m.in. ze sfery uzgodnień projektowych, gospodarki nieruchomości, uzyskiwania niezbędnych pozwoleń na realizację robót budowlanych oraz znajomość metodyki zarządzania procesem złożonych roszczeń przez wykonawcę robót, prowadzenia arbitrażu i rozwiązywania sporów związanych z realizacją robót budowlanych. Interes Zamawiającego ze względu na specyfikę wykonywanej działalności i charakter realizowanych zadań, w tym zamówień publicznych, wymaga, aby Lider posiadał wiedzę i doświadczenie nabyte na wielu etapach takich inwestycji, w celu wyeliminowania lub przynajmniej zminimalizowania ryzyka związanego z podejmowaniem przez Zamawiającego decyzji w ramach realizowanych inwestycji.

Jak wynika z informacji przedstawionych przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę ilość wykonanych i realizowanych inwestycji (Centrala i 16 Oddziałów) w ciągu ostatnich pięciu lat, kwestionowany wymóg nie jest wygórowany i pozwala na zachowanie konkurencji. Podkreślić należy, że przedmiotowy wymóg spełniać będą radcy prawni lub adwokaci świadczący obsługę prawną nie tylko na rzecz Zamawiającego, innych zamawiających lecz również - na rzecz wykonawców realizujących inwestycje dla Zamawiającego (innych zamawiających).

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał w niniejszym postępowaniu, że brak doświadczenia i znajomości pełnego studium przypadków z okresu zarówno projektowania, jak i budowy, tj. min. 24 miesięcy, nie może zagwarantować należytego poziomu usługi polegającej na kompleksowej obsłudze prawnej w zakresie realizacji inwestycji drogowej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Z drugiej strony Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, że wymaganie okresu 24 m-cy doświadczenia jest nieproporcjonalne w stosunku do czasu trwania umowy na obsługę prawną ani w stosunku do rzeczywistego okresu realizacji danych umów inwestycyjnych, których okres realizacji wynosi minimum 36 m-cy, ani w stosunku do specyfiki i charakteru postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

- Zarzut dotyczący ograniczenia wymaganego doświadczenia zawodowego Personelu Kluczowego do doświadczenia zdobytego jako radca prawny lub adwokat.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą o radcach prawnych (art. 35¹ ust. 1) i ustawą o adwokaturze (art. 77 ust. 1), dopiero po 6 miesiącach aplikacji, aplikant adwokacki bądź radcowski może zastępować radcę prawnego/adwokata przed sądami, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami, jednak z wyłączeniem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. Oznacza to, że aplikanci nie mogą świadczyć usług prawnych w pełnym zakresie, tak jak radcy prawni i adwokaci. Aplikanci przede wszystkim nie działają na własny rachunek, lecz zawsze na rachunek i z upoważnienia pełnomocnika z uprawnieniami do wykonywania zawodu. Aplikanci, choć mogą wykonywać pewne czynności dopuszczone ustawowo, to jednak zakres świadczonych przez nich usług prawnych jest ograniczony i co do zasady odbywa się pod kierunkiem patrona – radcy prawnego lub adwokata. Przy tych ograniczeniach zauważyć też należy, że zakres pomocy prawnej świadczony przez aplikantów zależy też od okresu odbywanej aplikacji. Doświadczenie aplikanta jest doświadczeniem o innym wymiarze i charakterze niż doświadczenie radcy prawnego, nawet wówczas gdy zastępuje go aplikant w określonych czynnościach.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający różnicował okres doświadczenia zawodowego odpowiednio do funkcji, jaką mają pełnić osoby z Personelu Kluczowego (Lider/Koordynator radców prawnych/adwokatów oraz radca prawny/adwokat), biorąc pod uwagę fakt, że Lider będzie koordynował pracę pozostałych dwóch osób z Personelu Kluczowego. Z racji określonej roli w ramach realizacji umowy, Personel Kluczowy powinien wykazać się umiejętnościami i doświadczeniem w pełnieniu zadań o porównywalnym charakterze. Praca w charakterze aplikanta przy świadczeniu takich usług i zdobyte w tym zakresie doświadczenie i umiejętności, w ocenie Izby, nie mogą być zrównywane z samodzielnym wykonywaniem takich zadań przez radcę prawnego lub adwokata.

- Zarzut dotyczący ograniczenia wymaganego doświadczenia zawodowego nabytego w ramach jednej umowy.

Kontrakty realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC zwykle realizowane są przez okres co najmniej kilku lat. Nabywanie w sposób ciągły doświadczenia przez okres wskazany w warunkach udziału w postępowaniu w ramach jednej umowy pozwala na zdobycie odpowiedniego doświadczenia, dającego rękomię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, którego realizacja została zaplanowana na blisko trzy lata.

Nie wymaga dowodu fakt, że doświadczenie nabywa się poprzez realne zaangażowanie w określone sprawy, w oparciu o wiedzę, jak określone zadania wykonać w określonych warunkach. Legitymowanie się doświadczeniem przez okres wskazany w warunku udziału w postępowaniu (24 lub 12 miesięcy w zależności od pełnionej funkcji) zdobytym w ramach różnych umów, zawieranych na krótsze okresy niż jeden rok, nie daje takiej rękojmi, ponieważ ogranicza się do spraw wyrwykowych na tle kompleksowego charakteru inwestycji i realizacji umowy. Okres roczny, to jest w ocenie Izby minimalny okres dla nabycia doświadczenia, które mogłoby mieć jakiegokolwiek merytoryczne znaczenie, przy świadczeniu obsługi prawnej w tym postępowaniu, biorąc pod uwagę charakter działalności Zamawiającego, w tym wartość realizowanych umów, a w związku z tym wagę spraw, z którymi Personel Kluczowy wykonawcy zmierzy się w procesie realizacji poszczególnych umów.

Niezasadny, w ocenie Izby, jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1, art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, przez ustanowienie kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”, które w zakresie zastrzeżonym, dla uzyskania max. punktacji, wymaga doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej przy 8 inwestycjach liniowych realizowanych z wykorzystaniem wzorów FIDIC, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że za doświadczenie przy obsłudze jednej inwestycji uznawane będzie doświadczenie nie krótsze niż 12 miesięcy oraz zastrzeżeniu, że doświadczenie nabywane w tym samym okresie nie będzie podlegało sumowaniu, nie wpływa w sposób znaczący na jakość wykonania zamówienia (bardziej niż doświadczenie przy obsłudze już trzech tego typu inwestycji), a sposób zastrzeżenia opisu tego kryterium w sposób naruszający konkurencję premiuje osoby świadczące dotychczas pomoc prawną na rzecz Zamawiającego, bowiem tylko te osoby, spośród funkcjonujących na lokalnym rynku, realnie zainteresowane będą ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.

Celem kryterium określonym w pkt 21.1.2. SWZ: „Podkryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC” jest premiowanie wykonawców posiadających jak największe doświadczenie w inwestycjach liniowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że długość okresu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia przekłada się na jakość obsługi prawnej. Doświadczenie nabyte w obsłudze prawnej w zakresie określonym w kryterium, świadczone od dłuższego czasu, w zestawieniu z doświadczeniem nabytym w obsłudze prawnej, w tym samym zakresie, a świadczonym jednostkowo, doraźnie, nie pozostaje bez znaczenia dla jakości wykonywanej usługi.

Doświadczenie w inwestycjach liniowych realizowanych z wykorzystaniem warunków FIDIC nabywane jest nie tylko przez osoby świadczące pomoc prawną na rzecz Zamawiającego (GDDKiA/Gdańsk), ale też przez osoby świadczące pomoc prawną na rzecz innych Oddziałów Zamawiającego. Jednocześnie przy tych inwestycjach doświadczenie nabywają osoby (podmioty) świadczące obsługę prawną na rzecz wykonawców realizujących inwestycje dla Zamawiającego oraz przez podmioty świadczące obsługę prawną na rzecz innych inwestorów (zamawiających) i wykonawców umów na nadzór i zarządzanie kontraktem inwestycji liniowych. Należy też podkreślić, że inwestycje liniowe realizowane z wykorzystaniem warunków FIDIC nie są realizowane wyłącznie przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, zauważenia wymaga także fakt, że warunki udziału w postępowaniu, co do zasady zawierają minimalne wymogi Zamawiającego, które kwalifikują wykonawcę do ubiegania się o dane zamówienie i gwarantują jego prawidłową realizację. Natomiast, w odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert mają na celu umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, która w najwyższym stopniu na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów będzie spełniała oczekiwania Zamawiającego. Kryterium oceny ofert może więc określać wyższe warunki i wymagania wobec wykonawcy w związku z charakterem przedmiotu zamówienia, w tym zasady przyznawania punktów za doświadczenie, nie ograniczając się do poziomu doświadczenia wymaganego w ramach warunków udziału w postępowaniu, określonego zazwyczaj na poziomie minimalnym, który zapewnia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia, a tym samym w sposób nadmierny nie ogranicza konkurencji w postępowaniu. W powyższym zakresie, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 lit.c Pzp.

W związku z uwzględnieniem odwołania w części i oddaleniem odwołania w pozostałym zakresie Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego w wysokości $\frac{3}{4}$ kosztów postępowania odwoławczego i Zamawiającego w wysokości $\frac{1}{4}$ kosztów postępowania odwoławczego. W poczet kosztów postępowania Izba zaliczyła kwotę wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł oraz kwotę stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz stosownie do wyniku sprawy, Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 825,00 zł tytułem poniesionych kosztów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz

§ 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący.....

Członkowie:

.....