

WYROK

z dnia 20 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę odwołującego: Brillaw Kancelaria Radców Prawnych M. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15 p. I, 02-972 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Teatr Rozmaiłości, ul. Marszałkowska 8, 00-590 Warszawa, przy udziale wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p., Al. J.Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2a, 2b i 4 odwołania,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1a, 1b i 3 odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej wykonawcy i dysponowania co najmniej dwiema osobami ze znajomością języka angielskiego oraz do prawa opcji, i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/2 i odwołującego w części 1/2, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

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. z 2021 r. poz. 1129 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:

Sygn. akt KIO 2450/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Teatr Rozmaitości, ul. Marszałkowska 8, 00-590 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi doradztwa prawnego związane z realizacją zadania inwestycyjnego Budowa Teatru Rozmaitości”, numer referencyjny: PZP.TP-1.1.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.08.2021 r., nr 2021/BZP 00144544/01. W tym samym dniu została opublikowana specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „swz”).

W dniu 16.08.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Brillaw Kancelaria Radców Prawnych M. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15 p. I, 02-972 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przez:

- a) ustanowienie, w rozdz. X pkt 3 lit. b SWZ, nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 1.000.000,00 zł, w sytuacji, gdy:
 - zamawiający jednocześnie ustanawia warunek dotyczący obowiązku posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o sumie ubezpieczenia co najmniej 10.000.000,00 zł - a więc de facto dwóch warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy,
 - ustanowiona wysokość środków finansowych lub zdolności kredytowej jest niewspółmierna do realiów wykonywania zamówienia, a tym zwłaszcza ciężarów ekonomicznych jakie ponosił będzie wykonawca w celu realizacji zamówienia,
- b) ustanowienie, w rozdz. X pkt 4 lit. b SWZ, nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu tj. skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 2 osób (radców prawnych lub adwokatów), z których każda posługuje się biegle językiem polskim i angielskim, co potwierdza certyfikat znajomości każdego z ww. języków na poziomie B2 lub równoważnym, w sytuacji gdy realia, w jakich wykonywana będzie umowa nie wymagają, w tym sam opis przedmiotu zamówienia, nie wskazują, że osoby te będą świadczyły pomoc prawną w języku angielskim,
- c) ustanowienie, w rozdz. X pkt 4 lit. c SWZ, nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu tj. skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 1 osoby (radcy prawnego lub adwokata), posiadającej minimum 12 miesięczne doświadczenie w ciągłej obsłudze prawnopodatkowej inwestycji o wartości robót budowlanych co najmniej 200.000.000 zł brutto (słownie: dwieście milionów zł), obejmujące udzielanie porad prawnych oraz sporządzanie opinii prawnych w zakresie prawa podatkowego, w sytuacji, gdy realizacja zadania inwestycyjnego, ze swej natury w dominującej mierze nie dotyczy przepisów podatkowych, co znajduje swój wyraz w opisie przedmiotu zamówienia,

2) art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez sporządzenie

niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających wpływ na złożenie oferty przez:

- a) nieudostępnienie żadnych informacji dotyczących zakresu merytorycznego usługi, w tym zwłaszcza planów/informacji o ilości, rodzajach oraz wartościach planowanych w perspektywie obowiązywania umowy na pomoc prawną zamówień publicznych, w odniesieniu do których zamawiający w ramach umowy na pomoc prawną oczekiwać będzie opracowania swz,
- b) nieprzedstawienie opisu inwestycji, z której obsługą związana ma być świadczona pomoc prawna, zwłaszcza etapu jej realizacji, uczestników procesu inwestycyjnego i wszystkich istotnych, a będących w posiadaniu zamawiającego dokumentów związanych z inwestycją,
- c) niesprecyzowanie, jaki wymiar czasowy/godzinowy w skali miesiąca powinien uwzględnić wykonawca w szacowaniu swojej oferty, w sposób, który pozwoliłby oszacować faktyczne zaangażowanie zespołu skierowanego do realizacji zamówienia i związane z tym koszty,
- d) uniemożliwienie zaoferowania różnych stawek godzinowych w toku realizacji umowy, w tym w zamówieniu podstawowym i w zamówieniu opcjonalnym, w sytuacji, w której gwarantowany i opcjonalny zakres zamówienia jest znacznie różny.

3) art. 441 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy Pzp tj. w sposób nadużywający pozycji dominującej przez zamawiającego oraz zmierzający do obejścia przepisów o prawie opcji (oraz w sposób sprzeczny z naturą i celem tych przepisów, jak również przepisów o stałym charakterze umów w sprawie zamówienia publicznego) wyrażające się w ustanowieniu, w rozdz. V SWZ, 4 miesięcznego terminu realizacji umowy w zakresie podstawowym, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2021 r. i aż 44 miesięcznego prawa opcji od zakończenia okresu podstawowego/gwarantowanego, a ponadto zaniechanie określenia żadnych warunków, zasad czy przesłanek lub trybu skorzystania z prawa opcji,

4) art. 353¹ w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, tj. w sposób nadużywający pozycji dominującej przez zamawiającego i niedozwolony oraz arbitralny ingerujący w spełnienie świadczenia przez wykonawcę, wyrażające się w ustanowieniu (w § 4 ust. 4 i 5 wzoru umowy) prawa zamawiającego do wiążącego dla wykonawcy żądania zmiany osoby skierowanej do realizacji zamówienia na inną, spełniającą wymagania określone przez zamawiającego, na którą zamawiający musi wyrazić zgodę, przy czym prawo to nie jest ograniczone czasowo ani obwarowane żadnymi przesłankami.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający, w rozdz. IX ust. 2 pkt 3 lit. b SWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej w postaci obowiązku wykazania, iż Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100). Tak ustanowiony warunek jest nieproporcjonalny jednocześnie z dwóch powodów. Po pierwsze, jednocześnie, w IX ust. 2 pkt 3 lit. b SWZ, Zamawiający ustanowił też warunek udziału w postępowaniu posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną o wartości co najmniej 10.000.000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych). (...) Mając w świetle tego na uwadze, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne, a więc dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia przy jednoczesnym wyrażaniu tzw. minimalnych poziomów zdolności, należy przyjąć, iż ustanowienie aż dwóch, bardzo wysokich warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej jest niezgodne z przepisami Pzp, zwłaszcza, że przedmiot zamówienia nie wskazuje na potrzebę ekstraordynaryjnego zabezpieczenia się Zamawiającego przed niewypłacalnością Wykonawcy.

Po drugie, wymagana przez Zamawiającego zdolność finansowa Wykonawcy w świetle kwestionowanego warunku została ustanowiona na poziomie aż 1.000.000,00 zł, co stanowi wymaganie niepodyktowane żadnym obiektywnymi względami. Należy zwrócić uwagę, że Wykonawca, w związku z realizacją umowy nie będzie ponosił nakładów na poziomie nawet zbliżonym do ww. sumy zanim nie zostaną one pokryte wynagrodzeniem płatnym przez Zamawiającego. Tym samym, ustanowienie takiego warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

(...) W ocenie Odwołującego, wymaganie w zakresie konieczności posługiwania się przez wszystkich prawników dedykowanych do pełnienia ww. roli językiem angielskim na opisanym poziomie nie koreluje z opisem przedmiotu zamówienia i nie jest podyktowane

faktycznymi potrzebami Zamawiającego. Wspomniany OPZ oraz postanowienia umowy nie wskazują w ogóle, że pomoc prawna świadczona będzie co do zasady przez te osoby w języku angielskim – inwestycja realizowana jest przecież w Polsce i w polskim otoczeniu formalnoprawnym. Z tego względu i wobec braku w dokumentacji postępowania innych okoliczności przemawiających za zasadnością takiego wymagania, kwestionowany

niniejszym warunek powinien ulec postulowanej zmianie.

(...) W ocenie Odwołującego warunek ten [doświadczenie wykonawcy - przyp. KIO] oderwany jest od realiów wykonywania zamówienia, tak płynących z OPZ jak i cechujących świadczenie pomocy prawnej przy tego typu inwestycjach. Realizacja bowiem zadania inwestycyjnego, nawet o tak dużej wartości jak ta do której referuje warunek udziału w postępowaniu nie dotyczy w dominującej mierze przepisów prawnopodatkowych, a tym samym zagadnienia z tego zakresu, jako problemowe, pojawiają się niemiernie rzadko i rozwiązywane są z reguły przez wpadkowe korzystanie z usług osób biegłych w tej materii. Obciążanie więc Wykonawcy obowiązkiem zapewnienia osoby, która posiada tak wysokie doświadczenie z zakresu, który faktycznie nie będzie stanowił przedmiotu realizacji na etapie wykonywania umowy jawi się jako nieproporcjonalne.

(...) Odwołujący zidentyfikował też duże niedostatki w opisie przedmiotu zamówienia sporządzonym przez Zamawiającego, które utrudniają złożenie prawidłowo oszacowanej oferty, z uwagi na brak podstawowych informacji o zakresie i realiach usług prawnych objętych zamówieniem.

Należy wskazać, że jednym z elementów zamawianej pomocy prawnej jest opracowanie dokumentów SWZ przez Wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający nie wskazuje żadnych danych dotyczących jego planów zakupowych tj. o ilości, rodzajach oraz wartościach planowanych w perspektywie obowiązywania umowy na pomoc prawną zamówień publicznych. W świetle tego, nie jest możliwym pełne zobrazowanie koniecznych nakładów prac związanych z realizacją zamówienia.

Dokonując lektury OPZ, Wykonawca nie może też ustalić podstawowych danych dotyczących inwestycji, które niewątpliwie mają wpływ na szacowanie ceny ofertowej, bowiem wskazywać mogą wprost nie tylko na ilość, ale przede wszystkim zakres tematyczny pomocy prawnej z jaką do czynienia może mieć wykonawca podczas realizacji usługi. Są to przede wszystkim dane o obecnym etapie inwestycji, uczestnikach procesu inwestycyjnego oraz wiążących ich relacji formalnoprawnych, czy też inne dokumenty związane z inwestycją, a istotne z punktu widzenia świadczenia pomocy prawnej.

Kolejnym istotnym brakiem jest zupełne niesprecyzowanie wymiaru czasowego/godzinowego w skali miesiąca, jaki powinien uwzględnić Wykonawca szacując zaangażowanie swoich zasobów w realizację zamówienia, co w konsekwencji pozbawia go możliwości określenia należnego mu wynagrodzenia na odpowiednim poziomie. Zwrócić należy uwagę, że OPZ, w rozdz. III ust. 3 SWZ stanowi tylko, że zakres świadczenia pomocy prawnej będzie nie mniejszym niż 30 godzin miesięcznie oraz nie większym niż 90 godzin miesięcznie, natomiast w zakresie opcjonalnym w wymiarze nie mniejszym niż 30 godzin miesięcznie oraz nie większym niż 100 godzin miesięcznie. Taka, ponad 3 krotna różnica względem wartości minimalnej i maksymalnej nie daje żadnych podstaw do oszacowania wynagrodzenia jakie Wykonawca powinien zwymiarować dla aż 4 letniego okresu realizacji zamówienia, w toku którego zaangażować ma stosunkowo dużą kadrę osobową, która obowiązkowo.

Ostatnim z elementów nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia podnoszonym w tym miejscu jest nieuwzględnienie znacznej różnicy w zakresie zamówienia pomiędzy zamówieniem podstawowym (gwarantowanym), a opcjonalnym przy uregulowaniu postanowienia zgodnie z którym, wynagrodzenie w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego jest takie samo, zwłaszcza że postanowienia umowne nie dają Wykonawcy gwarancji kompensacji kosztów poniesionych w celu realizacji umowy (choćby w zakresie przybrania odpowiedniego zespołu realizującego przedmiotową pomoc prawną).

(...) Zarzut nr 5 dotyczy nieprawidłowego i sprzecznego z celem uregulowanych w tym zakresie przepisów ustawy Pzp w zakresie prawa opcji. Należy zwrócić uwagę, że w rozdz. V SWZ, Zamawiający przewidział, że udzieli zamówienia podstawowego na 4 miesiące (nie dłużej jednak niż do końca 2021 r.), by następnie, w wymiarze aż 44 kolejnych miesięcy móc udzielić zamówienia opcjonalnego. Taka dysproporcja stanowi w istocie wypaczenie natury i celu przepisu o prawie opcji, będącej przecież co do zasady uzupełnieniem zamówienia podstawowego, a nie odwrotnie. Pomimo jednak bardzo wysokich warunków udziału w postępowaniu jakie Wykonawca musi spełnić aby pozyskać zamówienie, referujących do globalnych wartości i wymagań związanych z zamówieniem w całości, gwarantowany zakres zamówienia jakiego udzieli Wykonawcy wybranemu Zamawiający to jedynie 4 spośród 48 miesięcy. Wydaje się, że tak skonstruowane prawo

opcji zastrzeżone też w sposób, który prowadzi do obejścia stałego charakteru umów w sprawie zamówienia publicznego, którego wyrazem jest m.in. zakaz dokonywania ich dowolnej zmiany. Zastrzegając tego typu uprawnienie, Zamawiający może niemalże wpływać na wyniki samego postępowania organizując je, w skrajnym modelu co 4 miesiące wypaczając przy okazji istotę zasady konkurencyjności.

(...) Ostatnim z zarzutów są zastrzeżenia w zakresie uregulowanego w umowie (§ 4 ust. 5 i 6 mechanizmu) żądania przez Zamawiającego wymiany osób skierowanych do realizacji zamówienia na inne, które wymagać będą jednak jego aprobaty. Uprawnienie to nie jest niczym ograniczone ani podyktowane kwalifikowanymi przesłankami - Zamawiający, bez podania przyczyny może w każdym czasie żądać od Wykonawcy zerwania współpracy z daną osobą wykonującą zamówienie, mimo nawet, iż jest ona jedną z osób pełniącą bardzo wysokie warunki udziału w postępowaniu. Pomijając zaburzenie równowagi stron umowy przy zastrzeganiu tego postanowienia, przyznanie Zamawiającemu takiego uprawnienia, w skrajnym wypadku doprowadziłoby do uniemożliwienia Wykonawcy realizowania umowy wobec braku personelu aprobowanego przez Zamawiającego."

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących modyfikacji swz:

- 1) rozdz. X pkt 3 lit. b SWZ przez jego wykreślenie bądź ewentualnie zmianę i zmniejszenie wymaganej kwoty środków finansowych lub zdolności kredytowej do 100.000,00 zł,
- 2) rozdz. X pkt 4 lit. b SWZ przez zmianę wymagania posługiwania się przez wszystkich radców prawnych lub adwokatów skierowanych do realizacji zamówienia w tej roli biegle językiem angielskim, na wymaganie posługiwania się przez co najmniej jednego z radców prawnych lub adwokatów skierowanych do realizacji zamówienia w tej roli biegle językiem polskim i angielskim, co potwierdza certyfikat znajomości każdego z ww. języków na poziomie B2 lub równoważnym (a w przypadku obywateli Polski lub kraju z językiem urzędowym angielskim w/w osoba, nie musi wykazać posiadania ww. certyfikatów w zakresie języka ojczystego),
- 3) rozdz. X pkt 4 lit. c SWZ przez wykreślenie wymagania w zakresie obowiązku posiadania przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia w roli przepisanej tym warunkiem, minimum 12 miesięcznego doświadczenia w ciągłej obsłudze prawnopodatkowej inwestycji o wartości robót budowlanych co najmniej 200.000.000 zł brutto (słownie: dwieście milionów zł), obejmującego udzielanie porad prawnych oraz sporządzanie opinii prawnych w zakresie prawa podatkowego,
- 4) przez zmianę i doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, co do:
 - a) zakresu merytorycznego oczekiwanej usługi, w tym przez udostępnienie planów/informacji o planowanych w perspektywie obowiązywania umowy na pomoc prawną zamówień publicznych, w odniesieniu do których zamawiający w ramach umowy na pomoc prawną oczekiwać będzie opracowania swz,
 - b) przedstawienia opisu inwestycji z punktu widzenia etapu jej prowadzenia, uczestników procesu inwestycyjnego i wszystkich istotnych, a będących w posiadaniu zamawiającego dokumentów związanych z inwestycją,
 - c) przedstawienia i opisanie jaki wymiar czasowy/godzinowy w skali miesiąca winien wykonawca uwzględnić przy szacowaniu swojej oferty,
 - d) umożliwienia zaoferowania różnych stawek godzinowych w zamówieniu podstawowym i w zamówieniu opcjonalnym,
- 5) rozdz. V SWZ, przez zmianę terminu realizacji usługi w ten sposób, aby zakres podstawowy zamówienia wynosił 24 miesiące od zawarcia umowy, a zakres opcjonalny mógł wynosić max. kolejne 24 miesiące od zakończenia zakresu podstawowego przy jednoczesnym doprecyzowaniu warunków skorzystania z prawa opcji przez możliwość skorzystania z prawa opcji dwuetapowo, przy czym każdy z etapów wynosił będzie 12 miesięcy,
- 6) usunięcie mechanizmu zmiany osoby skierowanej do realizacji zamówienia, o której mowa w § 4 ust. 4 i 5 wzoru umowy.

Pismem z dnia 19.08.2021 r. wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p., Al. J.Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 16.09.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu zarzutów nr 2a, 2b i 4 odwołania (tj. zarzutów nr 6 i częściowo nr 4 wg numeracji przyjętej w uzasadnieniu odwołania). Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obsługi prawnej związanych z realizacją zadania inwestycyjnego „Budowa Teatru Rozmaitości”. Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług obsługi prawnej w zakresie podstawowym/gwarantowanym w wymiarze nie mniejszym niż 30 godzin miesięcznie oraz nie większym niż 90 godzin miesięcznie, natomiast w zakresie opcjonalnym w wymiarze nie mniejszym niż 30 godzin miesięcznie oraz nie większym niż 100 godzin miesięcznie.

W pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 8 do swz) zamawiający w 17-tu punktach wymienił czynności składające się na świadczenie usługi oraz w 13-tu punktach wymienił dziedziny prawa, w zakresie których głównie będzie prowadzona obsługa prawna.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1.475.600,00 zł netto.

W pkt V swz zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia w zakresie podstawowym/gwarantowanym to 4 miesiące od dnia podpisania umowy, jednak nie dłużej niż do 31 grudnia 2021 r., zaś termin wykonania zamówienia w zakresie opcjonalnym wynosi 44 miesiące od zakończenia okresu podstawowego/gwarantowanego.

W pkt IX swz zamawiający opisał m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

1) w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku:

a) przedstawienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną o wartości co najmniej 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych),

b) wykazania, iż wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100),

2) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

b) wykonawca dysponuje oraz skieruje do realizacji zamówienia co najmniej 2 osoby, posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia, tj.:

każda z osób posługuje się biegle językiem polskim i angielskim, co potwierdza certyfikat znajomości każdego z ww. języków na poziomie B2 lub równoważnym, w przypadku obywateli Polski lub kraju z językiem urzędowym angielskim w/w osoby nie muszą wykazać posiadania ww. certyfikatów w zakresie języka ojczystego,

c) wykonawca dysponuje oraz skieruje do realizacji zamówienia co najmniej 1 osobę, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadając odpowiednie kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia, tj.:

minimum 12 miesięczne doświadczenie w ciągłej obsłudze prawnopodatkowej inwestycji o wartości robót budowlanych co najmniej 200.000.000 zł brutto (słownie: dwieście milionów zł), obejmujące udzielanie porad prawnych oraz sporządzanie opinii prawnych w zakresie prawa podatkowego.

Zgodnie z § 2 projektu umowy:

1. Zamawiający przewiduje w ramach zamówienia objętego niniejszą umową możliwość skorzystania z prawa opcji.
2. Zakres zamówienia objęty prawem opcji obejmuje świadczenie usług obsługi prawnej w wymiarze nie mniejszym niż 30 godzin miesięcznie oraz nie większym niż 100 godzin miesięcznie w okresie 44 miesięcy po upływie okresu podstawowego.
3. Z prawa opcji Zamawiający może skorzystać w zależności od jego potrzeb związanych z koniecznością zapewnienia obsługi prawnej procesu inwestycyjnego. Zamawiający uprawniony jest do korzystania z prawa opcji wielokrotnie. Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania Wykonawcy o zamiarze skorzystania z prawa opcji nie później niż na jeden miesiąc przed upływem danego okresu świadczenia przez Wykonawcę usług, z zastrzeżeniem, że Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z prawa opcji po raz pierwszy do 31 grudnia 2021 r.
4. Zamawiający zobowiązuje się do przekazania informacji o zamiarze skorzystania z prawa opcji w formie pisemnej.

W dniu 08.09.2021 r. (przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy) zamawiający dokonał otwarcia ofert. Została złożona jedna oferta.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wiedząc o złożonym odwołaniu, przed wyznaczonym na 17.09.2021 r. terminem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 08.09.2021 r. dokonał otwarcia ofert. Powyższy fakt powoduje, że w przypadku uwzględnienia przez Izbę któregośkolwiek z zarzutów odwołania, nie jest już możliwe dokonanie przez zamawiającego żadnych czynności nakazanych przez Izbę, ponieważ nie jest dopuszczalne dokonywanie modyfikacji treści swz po upływie terminu składania ofert (art. 137 ust. 1 ustawy Pzp). W konsekwencji, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Dlatego też, uwzględniając zarzut nr 1a, 1b i 3 odwołania, wobec faktu otwarcia ofert przez zamawiającego, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania.

Zarzut dotyczący warunku zdolności finansowej.

Odnosząc się do zarzutu nr 1a, tj. zarzutu dotyczącego opisanego warunku w zakresie sytuacji finansowej wykonawcy, należy przytoczyć treść art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przepis ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie - w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że warunek posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 1.000.000,00 zł „spełnia dziesiątki kancelarii prawnych,

potencjalnych wykonawców zamówienia". Tymczasem faktem jest, że w niniejszym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, co przeczy powyższemu twierdzeniu zamawiającego (przy czym sam zamawiający doprowadził do ujawnienia tego faktu dokonując otwarcia ofert przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy).

Odnosząc się natomiast do argumentacji zamawiającego dotyczącej konieczności posiadania przez kancelarię prawną „poduszki finansowej” na wypadek kilkumiesięcznego istotnego spadku przychodów wynikającego z braku regularnych płatności, co do zasady należy zgodzić się, że takie trudności, nie tylko na rynku świadczenia usług prawnych, mogą wystąpić. Niemniej jednak zdolność finansowa, jakiej wykazania zamawiający żąda od wykonawcy (1.000.000,00 zł), świadczy o tym, że zamawiający traktuje potencjalne zjawisko braku regularnych płatności jak regułę, a nie jak wyjątek. Wysokość wymaganej kwoty jest bowiem taka, jakby zamawiający zakładał, że wykonawca miesiącami nie będzie otrzymywał żadnego wynagrodzenia za świadczone usługi, co uznać należy za sytuację mało realną. W szczególności nie jest zasadny podniesiony na rozprawie argument, że to zamawiający może być podmiotem, który nie będzie płacił regularnie. Po pierwsze, należy zauważyć, że prawdopodobnie zamawiający nie byłby jedynym klientem wykonawcy wybranego w postępowaniu (zwłaszcza że sam zamawiający twierdzi, że zamówienie jest skierowane do dużych kancelarii), więc opóźnienia ze strony zamawiającego nie powinny stanowić tak dużego ryzyka, żeby wykonawca musiał dysponować zdolnością finansową na kwotę 1.000.000,00 zł. Po drugie, jak słusznie zauważył odwołujący i przystępujący, § 7 ust. 10 projektu umowy przewiduje płatność wynagrodzenia w okresach miesięcznych, a ponadto obowiązują przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 424) dotyczące transakcji, których stronami są m.in. zamawiający i podstawowy termin zapłaty zgodnie z tymi przepisami nie może przekraczać 30 dni. Zamawiający nie powinien z góry zakładać, że nie będzie wywiązywał się z obowiązku respektowania ww. przepisów i postanowień umowy i przede wszystkim nie powinien ryzykiem niewywiązywania się z tych obowiązków obarczać wykonawcy, poprzez ustalanie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym wymagana w opisie warunku kwota 1.000.000,00 zł nie jest, w ocenie Izby, proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i nie została ustalona na minimalnym poziomie zdolności.

Odnosząc się z kolei do argumentacji odwołującego, Izba nie podziela stanowiska, zgodnie z którym „warunek posiadania ubezpieczenia OC jest warunkiem równoważnym do warunku posiadania zdolności finansowej lub zdolności kredytowej”. W art. 115 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca w odrębnych punktach wymienił warunki posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej oraz posiadania określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. Warunki te nie są zatem zamienne i mogą być opisywane w jednym postępowaniu niezależnie od siebie. Izba podziela natomiast drugi z argumentów odwołującego, zgodnie z którym wymagana kwota zdolności finansowej jest za wysoka, gdyż przed otrzymaniem wynagrodzenia od zamawiającego wykonawca nie będzie ponosił nakładów „na poziomie nawet zbliżonym do ww. sumy”. Przy czym kwestia obowiązku płacenia za świadczone usługi przez zamawiającego, została już rozstrzygnięta powyżej.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że wartość szacunkowa niniejszego zamówienia wynosi 1.475.600,00 zł netto. Przy założeniu, że zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający uwzględnił w ww. wartości wartość zamówienia objętego prawem opcji, należy przyjąć, że ww. kwota stanowi wartość usługi w okresie 48 miesięcy (4 miesiące zamówienia podstawowego i 44 miesiące opcji). Dzieląc ww. kwotę na 48 miesięcy, otrzymujemy miesięczną wartość usługi w wysokości niespełna 31.000,00 zł, co w okresie 4 miesięcy trwania zamówienia podstawowego daje kwotę ok. 123.000,00 zł (dokładnie 122.966,67 zł). Powyższy wynik dotyczący wartości szacunkowej zamówienia podstawowego wynika z wyżej wskazanych obliczeń, ale potwierdza go też kwota, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia podstawowego - 102.951,00 zł brutto (kwota ta jest nawet niższa niż obliczona powyżej wartość szacunkowa zamówienia podstawowego).

Należy podzielić stanowisko zamawiającego, że w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o proporcjonalności do „przedmiotu zamówienia”, a przedmiot zamówienia jest pojęciem szerszym od wartości przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak należy także zauważyć, że jedną z cech określających przedmiot zamówienia jest właśnie jego wartość, dlatego też badając proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia, nie sposób pominąć takiej jego cechy, jak jego wartość szacunkowa. Z uwagi na brak pewności, czy zamówienie objęte prawem opcji w ogóle zostanie udzielone, opis warunków ekonomicznych i finansowych musi być proporcjonalny do zamówienia podstawowego, czyli do tego zakresu, który wykonawca na pewno będzie realizować. Nie spełniałby bowiem wymogów proporcjonalności i poziomu minimalnych zdolności taki opis warunku, w którym zamawiający wymagałby od wykonawcy

wykazania potencjału potrzebnego do wykonania zamówienia podstawowego wraz z opcją, w sytuacji gdy zamówienie objęte opcją być może w ogóle nie zostanie udzielone. Szczególnie brak spełnienia wymogów proporcjonalności i poziomu minimalnych zdolności w opisie warunku byłby widoczny w przypadku takiego zamówienia, jak niniejsze, tj. zamówienia, w którym zakres objęty opcją wielokrotnie przekracza zakres objęty zamówieniem podstawowym, a przecież opisując warunek dotyczący zdolności finansowej, zamawiający nie mógł wykluczyć, że realizacja usługi zakończy się już po 4 miesiącach.

Biorąc zatem pod uwagę, że warunek musi być opisany proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia podstawowego, a wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosi ok. 123.000,00 zł (być może nawet mniej, sądząc po kwocie przeznaczanej na sfinansowanie zamówienia podstawowego), wymóg zamawiającego, aby wykonawca wykazał posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 1.000.000,00 zł, z pewnością nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie jest określony na minimalnym poziomie zdolności. Warunek ten jest więc nadmierny i niezasadnie utrudnia dostęp do zamówienia części wykonawcom.

W kontekście zatem wartości szacunkowej zamówienia podstawowego, należy stwierdzić, że wniosek odwołującego o zmniejszenie wymaganej w opisie warunku kwoty do 100.000,00 zł nie jest niezasadny, ale jest właśnie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i określony na minimalnym poziomie niezbędnej zdolności finansowej.

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, uwzględnienie odwołania w zakresie ww. zarzutu i dokonanie otwarcia ofert przez zamawiającego, powoduje, że niemożliwe jest zmodyfikowanie swz w zakresie ww. warunku, zatem zachodzi konieczność unieważnienia niniejszego postępowania.

Zarzut dotyczący prawa opcji.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutu nr 3 dotyczącego sposobu opisanego przez zamawiającego prawa opcji, należy zauważyć, że zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Przepisy nie określają szczegółowo sposobu stosowania przez zamawiających prawa opcji. Niemniej jednak, niezależnie od ww. art. 441 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, zastosowanie w tym zakresie znajdują także powołane przez odwołującego przepisy art. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu zamawiający przewiduje, że świadczenie usługi w zakresie podstawowym będzie trwało 4 miesiące (po zmianie projektu umowy - 3 miesiące), zaś w zakresie objętym opcją - łącznie 44 miesiące. Oznacza to, że zamówienie w zakresie opcjonalnym jest kilkunastokrotnie większe niż w zakresie podstawowym. Dodatkowo zamawiający zapewnił sobie w projekcie umowy możliwość skorzystania z prawa opcji wielokrotnie w okresie 44 miesięcy, bez doprecyzowania okoliczności skorzystania z opcji, w tym bez określenia np. długości kolejnych okresów świadczenia usługi.

Takie opisanie opcji przede wszystkim nie jest zgodne z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przedmiotowym postępowaniu w świetle postanowień projektu umowy dotyczących opcji, wykonawca w stosunku do przeważającego zakresu przedmiotu zamówienia nie zna ostatecznego czasu trwania usługi, ani poszczególnych okresów jej trwania, ani okoliczności, od których zależy, czy zamawiający skorzysta z opcji. Przy czym podkreślić należy, że o ile niepewność wykonawców co do skorzystania przez zamawiających z prawa opcji jest naturalną cechą tej instytucji, o tyle w niniejszym stanie faktycznym, niepewność ta dotyczy przedmiotu zamówienia w zdecydowanie przeważającej jego części (44 miesiące opcji wobec 3 miesięcy zamówienia podstawowego) i w dodatku bez dookreślenia dalszych zasad, na jakich będzie

realizowana opcja. W przedmiotowej sprawie zatem nie można uznać, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie objętym opcją w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powyższe naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się też z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp, przede wszystkim w kontekście braku zachowania przez zamawiającego zasady przejrzystości, a ponadto wiąże się z naruszeniem art. 353¹ kc, gdyż projekt umowy w zakresie dotyczącym opcji sprzeciwia się ustawie, a także zasadom współżycia społecznego. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala wykonawcy poznać wiedzy co do przeważającego zakresu umowy, a w konsekwencji co do ryzyk związanych z realizacją tej umowy.

W tym miejscu należy podnieść, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 1807/12 wyraziła pogląd, zgodnie z którym mimo braku wyraźnego ograniczenia, nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji, w ramach której zamówienie podstawowe będzie miało charakter mniejszościowy wobec zamówienia objętego prawem opcji. W ww. wyroku Izba wskazała zatem, że nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jako jego przeważającą część.

Opisania opcji w wymiarze kilkunastokrotnie przekraczającym zamówienie podstawowe nie uzasadnia też to, że zamawiający nie ma zagwarantowanych środków na sfinansowanie obsługi prawnej w kolejnych latach. Rozwiązaniem tej sytuacji nie może być bowiem opisywanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji w sposób naruszający ww. przepisy. Zamawiający może natomiast każdorazowo po uzyskaniu gwarancji otrzymania środków finansowych na kolejny okres, udzielić zamówienia na ten okres. Jeżeli jednak w przyszłym ewentualnym postępowaniu zamawiający zdecyduje się skorzystać z prawa opcji, jej zakres nie może przekraczać zakresu zamówienia podstawowego i musi zostać doprecyzowany co do warunków skorzystania z prawa opcji, w tym ilości i długości etapów objętych opcją.

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, skoro zamawiający dokonał otwarcia ofert, to nie jest możliwe na obecnym etapie dokonanie zmiany postanowień swz, w tym projektu umowy, dlatego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie niniejszego postępowania.

Zarzut dotyczący warunku dysponowania dwoma osobami posiadającymi znajomość języka angielskiego na poziomie B2.

Odnosząc się do zarzutu nr 1b dotyczącego warunku dysponowania dwoma osobami posiadającymi znajomość języka angielskiego na poziomie B2, w pierwszej kolejności należy zgodzić się z zamawiającym, że z uwagi na udział w realizacji zamówienia podmiotu zagranicznego (projektanta) niezbędne jest, aby wykonawca zapewniający obsługę prawną dysponował osobą znającą język angielski. Nie jest jednak niezbędne, w ocenie Izby, aby znajomość taką posiadało dwóch prawników. Co do zasady wykonawca będzie bowiem świadczył obsługę prawną w języku polskim i jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia - dokumenty będą sporządzane w języku polskim lub ewentualnie dodatkowo w języku angielskim (spójnik „i” w pkt D). To, że w przeważającej części usługa będzie świadczona w języku polskim wynika zresztą z wymienionych przez zamawiającego dziedzin prawa polskiego. Rzeczywiście w pkt J i Q opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazuje też na konieczność uczestniczenia przez wykonawcę w spotkaniach i naradach, które mogą odbywać się w języku polskim i angielskim, ale nie ma podstaw do założenia, że większość z nich prowadzona będzie w języku angielskim. Nie można też zgodzić się z argumentem zamawiającego wyrażonym na rozprawie, że do obowiązków radcy prawnego lub adwokata będzie należało weryfikowanie poprawności tłumaczenia dokumentów z jednego języka na drugi. Pomijając już kwestię tego, czy takie zadania byłyby zgodne np. z ustawą o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75), która w art. 4 i art. 6 ust. 1 przewiduje zakres działalności radcy prawnego, przede wszystkim należy zauważyć, że obowiązki takie nie zostały przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto w pkt III opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że w razie zawieszenia wykonywania usługi przez daną osobę, wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia w jej miejsce innego członka zespołu, który w zastępstwie będzie wykonywał zadania tej osoby. Zatem w razie nieobecności adwokata lub radcy prawnego posługującego się językiem angielskim, wykonawca będzie musiał zapewnić zastępstwo innej osoby na takich samych zasadach, jak w przypadku każdej innej osoby wchodzącej w skład zespołu świadczącego obsługę prawną.

W świetle zatem opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że warunek

posiadania znajomości języka angielskiego przez dwóch prawników nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie jest ustalony na minimalnym poziomie zdolności. Wystarczające jest w świetle opisu przedmiotu zamówienia, aby wymaganą znajomość języka posiadała jedna osoba świadcząca obsługę prawną.

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, nie jest możliwe dokonanie zmiany swz w tym zakresie, ponieważ zamawiający dokonał otwarcia ofert. Stąd też uwzględnienie odwołania w zakresie ww. zarzutu powoduje, że zachodzi konieczność unieważnienia niniejszego postępowania.

Zarzut dotyczący warunku dysponowania osobą posiadającą doświadczenie w obsłudze prawnopodatkowej.

Odnosząc się do zarzutu nr 1c odwołania, tj. warunku dysponowania osobą posiadającą minimum 12-miesięczne doświadczenie w ciągłej obsłudze prawnopodatkowej inwestycji o wartości robót budowlanych co najmniej 200.000.000 zł brutto obejmujące udzielanie porad prawnych oraz sporządzanie opinii prawnych w zakresie prawa podatkowego, należy zauważyć, że zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Ustawodawca dopuszcza zatem możliwość żądania od wykonawców, aby wykazali m.in. doświadczenie personelu, którym dysponują, o ile jest to niezbędne do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W przedmiotowej sprawie w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający pośród 13-tu dziedzin prawa, których będą dotyczyć świadczone usługi obsługi prawnej, wymienił m.in. prawo podatkowe i wskazał, że w zakres usługi będzie wchodzić m.in. przygotowywanie projektów wniosków o wydanie indywidualnych interpretacji podatkowych.

W zmodyfikowanym OPZ zamawiający dodatkowo sprecyzował obowiązki wykonawcy w zakresie prawa podatkowego dodając m.in. sporządzanie opinii prawnych dotyczących w szczególności zagadnień związanych z podatkiem dochodowym od osób prawnych oraz z podatkiem od towarów i usług oraz analizę ryzyka i skutków podatkowych poszczególnych rozwiązań, a także opracowywanie analiz podatkowych i propozycji zwiększających efektywność realizowanej inwestycji.

Prawo podatkowe wchodzi zatem w zakres usługi będącej przedmiotem zamówienia. Nie ma przy tym podstaw do stwierdzenia, że „realizacja zadania inwestycyjnego, ze swej natury, w dominującej mierze nie dotyczy przepisów podatkowych”. Warunek dotyczący potencjału kadrowego nie musi być bowiem związany z tą częścią zamówienia, która dominuje pod względem ilościowym, ale może być też związany z takim elementem zamówienia, który ze względu na swoją specyfikę jest dla zamawiającego szczególnie ważny. Znajomość prawa podatkowego, nawet wśród prawników, nie jest powszechna, zatem warunek dysponowania osobą posiadającą stosowne kompetencje w tym zakresie, jest uzasadniony. Tym samym, skoro obsługa prawnopodatkowa jest częścią przedmiotu zamówienia, opis warunku dysponowania osobą posiadającą ww. doświadczenie, w ocenie Izby jest zasadny i proporcjonalny, a przede wszystkim niezbędny do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów nr 2c i 2d odwołania, tj. zarzutów dotyczących niesprecyzowania wymiaru czasowego/godzinowego i uniemożliwienia zaoferowania różnych stawek godzinowych, Izba stwierdziła, co następuje.

Co do kwestii wymiaru czasowego/godzinowego, Izba podziela stanowisko zamawiającego, że charakter usługi uniemożliwia precyzyjne określenie wymiaru czasu potrzebnego do jej wykonania. Czas pracy wykonawcy będzie bowiem uzależniony w dużej mierze od czynników, na które zamawiający nie zawsze ma wpływ, tj. m.in. od tego, co będzie się działo na budowie, od działań podmiotów współpracujących z zamawiającym, od

działań kontrahentów, czy organów władzy publicznej. Dlatego też zamawiający wskazał w pkt XVI.2.1) swz, że wykonawca ma obliczyć cenę oferty w oparciu o cenę jednostkową netto za 1 godzinę zegarową świadczenia usług. W ocenie Izby jest to rozwiązanie wystarczające i zasadne w świetle specyfiki zamówienia.

Co do kwestii różnych stawek godzinowych, Izba stwierdziła, że z żadnego postanowienia swz nie wynika, aby zakres merytoryczny lub sposób świadczenia usługi różnił się w okresie gwarantowanym (3 miesiące po zmianie swz) i w okresie opcjonalnym (44 miesiące). Tym samym nie ma podstaw do dopuszczenia, aby wykonawcy mogli różnicować stawki za godzinę świadczenia usługi w ww. dwóch okresach.

Z powyższych względów odwołanie w zakresie ww. zarzutów zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i uczestnika przedstawione na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci dokumentów dotyczących budowy Muzeum Sztuki Nowoczesnej (istotne postanowienia umowy i książka projektu). O ile powiązanie budowy Muzeum Sztuki Nowoczesnej i Teatru Rozmaitości wynika z dowodu w postaci wydruku ze strony internetowej zamawiającego, o tyle powiązanie to nie oznacza automatycznie, że zasady dotyczące używania języka angielskiego będą w przypadku obu inwestycji analogiczne. Ponadto Izba uznała za nieprzydatny dowód złożony przez odwołującego w postaci planu postępowania o udzielenie zamówień na rok 2021, ponieważ jego treść nie wpływa na te wyżej wskazane okoliczności faktyczne i prawne, które przesądzają o sposobie rozstrzygnięcia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego opcji.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożonego przez zamawiającego pisma Urzędu m.st. Warszawy, z uwagi na brak odpisu tego pisma dla odwołującego i przystępującego (art. 507 ustawy Pzp).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Dokonując podziału kosztów Izba ustaliła, że po uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów nr 2a, 2b i 4 odwołania, do rozpoznania pozostało 6 zarzutów, spośród których:

- 1) 3 zarzuty zostały uwzględnione (zarzuty nr 1a, 1b i 3),
- 2) 3 zarzuty zostały oddalone (zarzuty nr 1c, 2c i 2d).

Dlatego też Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego po połowie zamawiającego i odwołującego.

Na koszty postępowania odwoławczego składają się: 7.500 zł - wpis od odwołania, 3.600 zł - koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 3.600 zł - koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, co razem daje kwotę 14.700 zł. Z tej kwoty 1/2 stanowi 7.350 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 11.100 zł (7.500 zł - wpis oraz 3.600 zł - wynagrodzenia pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 7.350 zł. Z kolei zamawiający poniósł dotychczas koszt 3.600 zł (koszt wynagrodzenia pełnomocnika), a powinien ponieść koszty również w wysokości 7.350 zł. Oznacza to, że zamawiający powinien zwrócić odwołującemu kwotę 3.750 zł, aby każda ze stron ostatecznie poniosła koszty w wysokości odpowiadającej wynikowi postępowania odwoławczego ($7.350 - 3.600 = 3.750$ oraz $11.100 - 7.350 = 3.750$).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

KIO 2450/21

20