

WYROK

z dnia 6 maja 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci, Al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu, ul. Mochnackiego 10, 02-042 Warszawa

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania z uwagi na wycofanie zarzutu przez Odwołującego,

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w razie konieczności pozostałych dokumentów zamówienia poprzez:

a) nadanie 7.4.A tiret pierwsze SWZ następującej treści: „co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej, o wartości co najmniej 200 000,00 (słownie: dwieście tysięcy) złotych netto (wartość w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert), na rzecz instytutu badawczego, ośrodka badawczo-rozwojowego, instytutu Sieci Badawczej Łukasiewicz, Polskiej Akademii Nauk lub jej instytutu naukowego, a także uczelni medycznej lub samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej”;

b) nadanie 7.4.A tiret drugie SWZ następującej treści: „co najmniej jedną usługę obejmującą zastępstwo (reprezentację) w toku kontroli prowadzonej przez organ kontroli państwowej, w tym w rozumieniu przepisów ustawy o kontroli w administracji rządowej, Najwyższą Izbą Kontroli, Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych lub instytucją zarządzającą,” oraz tożsame rozszerzenie zakresu kontroli na inne jej rodzaje w doświadczeniu Specjalisty ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli (7.4.B SWZ);

3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża w 2/3 części Zamawiającego i 1/3 części Odwołującego 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 9 800 zł 00 gr

(słownie: dziewięć tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie prowadzi

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa bieżącej i specjalistycznej obsługi prawnej działalności Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu”.

Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2022/BZP 00099720/01 zamieszczone zostało

w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 marca 2022 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego.

W dniu 4 kwietnia 2022r. wykonawca - Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci

z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec ustanowionych w postępowaniu przez Zamawiającego warunków udziału. Odwołujący zarzucił naruszenie:

I. przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez:

1) ustanowienie w pkt. 7.4.A tiret pierwsze SWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nieprecyzyjny, w zakresie w jakim Zamawiający nie określił rodzaju wykonywanych usług, a jednocześnie ograniczył od strony podmiotowej, iż beneficjentami ww. usług mogą być jedynie instytuty badawcze, co nie stanowi określenia warunku udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie zdolności, jaki daje Zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym w znaczny sposób ogranicza konkurencję;

2) ustanowienie w pkt. 7.4.A tiret drugie SWZ warunku udziału w postępowaniu oraz w pkt.

7.4.B SWZ (Specjalista ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli) w sposób

nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający dopuścił doświadczenie w reprezentacji w toku jedynie kontroli prowadzonej w oparciu o przepisy ustawy o kontroli w administracji

rządowej, co nie stanowi określenia warunku udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie zdolności, jaki daje Zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym w znaczny sposób ogranicza konkurencję;

3) ustanowienie w pkt 7.4.B SWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający odmówił uznania jako równoważnego doświadczenia zawodowego doświadczenia zdobytego w charakterze członka Krajowej Izby Odwoławczej, co nie stanowi określenia warunku udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie zdolności, jaki daje Zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym w znaczny sposób ogranicza konkurencję;

II. naruszenie przepisów art. 99, art. 8, art. 16 ustawy Pzp w zw. z przepisami 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.”, przez zaniechanie ustanowienia jednoznacznych zasad zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, co nie stanowi jednoznacznego określenia opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich elementów kosztotwórczych, jak również stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego co do sposobu kształtowania postanowień umownych.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia w następujący sposób:

a) nadanie 7.4.A tiret pierwsze SWZ następującej treści: „co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej, o wartości co najmniej 200 000,00 (słownie: dwieście tysięcy) złotych netto (wartość w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert), na rzecz instytutu badawczego, ośrodka badawczo-rozwojowego, instytutu Sieci Badawczej Łukasiewicz, Polskiej Akademii Nauk lub jej instytutu naukowego, a także uczelni medycznej lub samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej”;

b) nadanie 7.4.A tiret drugie SWZ następującej treści: „co najmniej jedną usługę obejmującą zastępstwo (reprezentację) w toku kontroli prowadzonej przez organ kontroli państwowej, w tym w rozumieniu przepisów ustawy o kontroli w administracji rządowej, Najwyższą Izbą Kontroli, Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych lub instytucją zarządzającą,” oraz tożsame rozszerzenie zakresu kontroli na inne jej rodzaje w doświadczeniu Specjalisty ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli (7.4.B SWZ);

c) uzupełnienie w treści warunku udziału opisanego w pkt. 7.4.B SWZ, że Zamawiający za doświadczenie równoważne doświadczeniu zawodowemu radcy prawnego lub adwokata uzna doświadczenie zdobyte w charakterze członka Krajowej Izby Odwoławczej;

d) uzupełnienie w projektowanych postanowieniach umowy (§ 3 ust. 4), o następujące postanowienie: „Wykonawcy przysługują dodatkowo koszty zasądzone prawomocnym orzeczeniem przez uprawniony organ, sąd lub Krajową Izbę Odwoławczą od strony przeciwnej w wysokości całości zasądzonych kosztów. Kwoty zasądzone dla potrzeb rozliczenia umowy będą kwotami brutto.”.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że w dniu 28 marca 2022 r., Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa obsługa prawna Zamawiającego. Usługa ta świadczona jest

w trybie ciągłym (zgodnie z kryteriami oceny ofert - także 7 dni w tygodniu), w tym również poprzez realizację dyżurów w siedzibie Zamawiającego. W dniu 1 kwietnia 2022 r., Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SWZ, w którym m.in. podtrzymał dotychczasową treść SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz postanowienie umowne, zakładające, iż strony porozumieją się co do zasądzonych na rzecz Zamawiającego kosztów. Zamawiający w ocenie Odwołującego określił warunki udziału w postępowaniu - które z uwzględnieniem wszystkich wymagań składających się na ich treść, jawią się jako nadmiarowe, nieproporcjonalne, w nieuprawniony sposób skutkujące ograniczeniem konkurencyjności. Dodatkowo, brak regulacji w zakresie sposobu rozliczenia kosztów zastępstwa procesowego (będącego istotnym elementem kosztotwórczym), narusza zasady

opisu przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że ustanowiony przez Zamawiającego warunek w treści 7.4.A tiret pierwsze SWZ nie spełnia wymogu proporcjonalności. Dokonawszy lektury warunku, można uznać, iż spełnia go każdy wykonawcy realizujący jakąkolwiek usługę (nawet nie usługę będącą usługą

świadczenia pomocy prawnej), o wartości referencyjnej w skali 3 lat, na rzecz instytutu badawczego. Definicja instytutu badawczego zawarta jest w treści przepisu art. 1 ust. 1

ustawy

z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2022 r., poz. 498 z późn. zm.) i zgodnie z jej treścią: „Instytutem badawczym w rozumieniu ustawy jest państwowa jednostka organizacyjna, wyodrębniona pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, która prowadzi badania naukowe i prace rozwojowe ukierunkowane na ich wdrożenie i zastosowanie w praktyce”. Jednocześnie, dokonywanie badań naukowych i prac nakierowanych na ich praktyczne wykorzystanie i wdrożenie - nie leży w gestii jedynie instytutów badawczych. Zajmują się nimi także Polska Akademia Nauk, będąca państwową instytucją naukową, posiadająca jednostki naukowe w myśl art. 1 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz. U. z 2020 r., poz. 1796 z późn. zm.), a także instytuty badawcze Sieci Łukasiewicz. Dodatkowo, badania naukowe o profilu medycznym prowadzi także uczelnie medyczne czy też szpitale prowadzące badania kliniczne. W konsekwencji, świadczenie usług pomocy prawnej na rzecz ww. podmiotów niewątpliwie stanowi doświadczenie, pozwalające w sposób kompetentny i należyty realizować pomoc prawną na rzecz Zamawiającego, co winno zostać odzwierciedlone w brzmieniu warunku udziału w postępowaniu. W kontekście powyższego, uregulowanie przez instytucję zamawiającą warunku udziału w postępowaniu „jeden do jednego” z opisem przedmiotu zamówienia, także w zakresie charakteru beneficjenta usługi, jawi się jako niezgodne z Pzp, w zakresie w jakim de facto eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy, tak organizacyjnie jak i merytorycznie, są w stanie należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Należy bowiem wskazać, że usługi prawnicze są specyficznym rodzajem działalności, w których, podobnie jak we wszystkich usługach, kluczowym czynnikiem kosztotwórczym, jest praca osób skierowanych do realizacji zamówienia, a status formalny beneficjenta usługi nie jest jedyną okolicznością rozstrzygającą o rękojmi należytego wykonania zamówienia. Doświadczenie w obsłudze prawnej podmiotu, który także działa w obszarze naukowym i medycznym niewątpliwie pozwoli na właściwą realizację zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wskazał kolejno, że w warunku udziału w postępowaniu, opisanym w pkt.

7.4.A tiret drugie SWZ, Zamawiający wymagał doświadczenia w reprezentacji podmiotu w toku kontroli w rozumieniu przepisów ustawy o kontroli w administracji rządowej. Zgodnie z ustawą z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. z 2020 r., poz. 224 z późn. zm.), jej przepisy określają „zasady i tryb przeprowadzania kontroli działalności organów administracji rządowej, urzędów je obsługujących lub stanowiących ich aparat pomocniczy oraz jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych, zwanych dalej „jednostkami kontrolowanymi” (art. 1 pkt. 1 ww. ustawy). Tymczasem pojęcie kontroli - także dokonywanej względem Zamawiającego - jest znacznie szersze i obejmuje inne organy kontroli, np. Najwyższą Izbę Kontroli, czy też kontrole postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W konsekwencji zawężenie warunku udziału jedynie do reprezentacji w ramach kontroli prowadzonych w trybie ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. z 2020 r., poz. 224 z późn. zm.), stanowi nadmierne ograniczenie. Przyznał to także sam Zamawiający, potwierdzając w treści wyjaśnień z dnia 1 kwietnia 2022 r., w odpowiedzi na pytanie nr 3, iż w okresie ostatnich 3 lat, była przeprowadzona jedna kontrola ministra nadzorującego, jedna kontrola NIK, cztery postępowania kontrolne lub wyjaśniające przed Prezesem UZP, a dodatkowo - liczne kontrole i audyty w ramach prowadzonych projektów, w tym z dofinansowaniem ze środków unijnych. Za niezrozumiałe należy zatem uznać wymaganie doświadczenia jedynie w reprezentacji w ramach kontroli prowadzonych w trybie ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. z 2020 r., poz. 224 z późn. zm.) - w szczególności, iż w doświadczeniu Specjalisty ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli, Zamawiający wymaga aż dwóch reprezentacji w okresie ostatnich 5 lat, podczas gdy w skali 3 lat była prowadzona tylko jedna kontrola, a samo przedmiotowe zamówienie jest

przewidziane na okres 12 miesięcy, a więc odnosząc miarę proporcjonalności zakreśloną powyżej, w ogóle taka kontrola (na podstawie ww. przepisów ustawy o kontroli w administracji rządowej) może nie zaistnieć w okresie realizacji umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

W kolejnym z warunków udziału w postępowaniu, opisanym w pkt. 7.4 B SWZ, Zamawiający wymagał, aby każda z osób z zespołu skierowanego do realizacji zamówienia, posiadała doświadczenie zawodowe i uprawnienia radcy prawnego lub adwokata. W odpowiedzi na pytania z dnia 1 kwietnia 2022 r., Zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania się doświadczeniem członka składu orzekającego w Krajowej Izbie Odwoławczej. Doświadczenie zdobywane w ramach praktyki orzeczniczej w organie powołanym do rozstrzygania sporów w obszarze zamówień publicznych jest olbrzymią wartością merytoryczną w obszarze zamówień publicznych i pozwala na szersze spojrzenie z uwzględnieniem właściwego poziomu praktyki prawnej. Niewątpliwie jest ono pod względem jakościowym przewyższające doświadczenie polegające na udzielaniu porad prawnych - a trzeba dodatkowo zaznaczyć, że przecież osoba taka posiada uprawnienia radcy prawnego lub adwokata, a jedynie część swojego doświadczenia zdobywała w strukturze Krajowej Izby Odwoławczej, po osiągnięciu odpowiedniego cenzusu wieku. Dodatkowo, zgodnie z wykładnią art. 267 TFUE, Krajowa Izba Odwoławcza spełnia wszystkie kryteria Sądu, w tym jest uprawniona do kierowania pytań prejudycjalnych, a tym samym w konsekwencji osoby wykonujące władzę sądowniczą w ramach KIO posiadają status kompetencyjny równy statusowi sędziego, zwłaszcza, że są niezależni i podlegają jedynie odpowiedzialności dyscyplinarnej (podobnie zresztą jak radcowie prawni, co stanowi o cechach tego zawodu).

W piśmie procesowym z dnia 2 maja 2022r. Odwołujący odnosząc się do warunku udziału w postępowaniu określonego w 7.4B SWZ wskazał dodatkowo, że stanowisko Zamawiającego nie uwzględnia statusu i specyfiki pracy członka KIO, w konsekwencji czego stanowi nieuzasadnione okolicznościami sprawy ograniczenie Odwołującemu dostępu do zamówienia. Przypomniał, że zgodnie z treścią wspomnianych powyżej wymagań względem osoby specjalisty ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli, powinna ona legitymować się m. in. 10-letnim doświadczeniem zawodowym dotyczącym zamówień publicznych i jednocześnie uprawnieniami radcy prawnego/adwokata od przynajmniej 5 lat. Składając Zamawiającemu wniosek o dopuszczenie doświadczenia nabytego w charakterze członka Izby trwającego powyżej 5 lat (oznaczony przez Zamawiającego jako pytanie nr 4 do SWZ) Odwołujący miał na myśli możliwość zastąpienia takim doświadczeniem wymogu posiadania uprawnień zawodowych adwokata/radcy prawnego przez okres minimum 5 lat, za czym przemawiają względy natury faktycznej i prawnej. Po pierwsze - stawiany przez Zamawiającego wymóg posiadania przez specjalistę ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli uprawnień zawodowych ma zagwarantować świadczenie obsługi prawnej przez osobę, której kompetencje w omawianym obszarze zostały formalnie stwierdzone egzaminem zawodowym. W ramach takiego egzaminu może, choć nie musi,

pojawić się do rozwiązania zadanie oparte o przepisy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, jak np. sporządzenie projektu odwołania, czy skargi do sądu). W nawiązaniu do powyższego należy powiedzieć, że nabycie uprawnień do orzekania w KIO również uzależnione jest od pozytywnego wyniku postępowania kwalifikacyjnego, które uregulowane jest aktualnie w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 lutego 2021 r. w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego oraz uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej (Dz. U. poz. 381), zwanego dalej „Rozporządzeniem”. W ramach wspomnianego postępowania odbywa się m. in. egzamin pisemny składający się ze sprawdzianu wiedzy teoretycznej z zakresu zamówień publicznych i prawa cywilnego oraz pracy pisemnej mającej na celu sprawdzenie praktycznej wiedzy we wspomnianych obszarach (argument z § 5 Rozporządzenia). Warto zaznaczyć, że w załączniku nr 1 do Rozporządzenia zawarto zakres zagadnień objętych postępowaniem kwalifikacyjnym, na który składają się nie tylko konkretne akty prawne (zarówno prawa krajowego - np. pkt. 3-6, 8 i 10, jak i europejskiego - szereg dyrektyw wymienionych w pkt 2), wykraczające daleko poza znajomość ustawy Pzp, ale również dziedziny prawa (pkt 7), czy regulowane przepisami ogólnie wskazane zagadnienia (np. pkt. 11-14). Oznacza to, że kandydat na stanowisko członka Krajowej Izby Odwoławczej musi legitymować się wiedzą w bardzo szerokim obszarze zagadnień systemu prawa nie tylko polskiego ale również europejskiego. Odwołujący stwierdził, że uszło uwadze Zamawiającego, że zgodnie z przepisem art. 474 ust. 2 ustawy Pzp członkiem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) może być osoba, która m. in. złożyła egzamin sędziowski, prokuratorski, notarialny, adwokacki lub radcowski lub zajmowała stanowisko sędziego lub prokuratora, wykonywała zawód notariusza lub posiada tytuł zawodowy adwokata lub radcy prawnego (podkreślenie Autora) oraz wyróżnia się wiedzą z zakresu zamówień oraz prawa cywilnego i posiada minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe w tym zakresie (zob. art. 474 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp). Powyższe potwierdza postawioną w odwołaniu (str. 7) tezę o wyższości jakościowej doświadczenia członka Izby nad doświadczeniem adwokata/radcy prawnego, skoro status zawodowego pełnomocnika stanowi jedynie przepustkę do uzyskania statusu członka KIO, bowiem oprócz wspomnianego tytułu zawodowego, aby uzyskać status członka Izby kandydat zobowiązany jest już wówczas wylegitymować się minimum 5-letnim doświadczeniem z zakresu zamówień publicznych oraz prawa cywilnego. Tym samym już na tzw. „starcie” zobowiązany jest posiadać bogate doświadczenie zawodowe w obszarze, który

jest w obszarze zainteresowań Zamawiającego w ramach prowadzonego Postępowania. Po drugie - nie sposób nie zauważyć, że źródłem doświadczenia zarówno adwokata/radcy prawnego - specjalisty ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli, jak i członka KIO jest stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych. Choć wspomniane doświadczenie nabywane jest przez wykonywanie innych rodzajowo czynności, można uznać je za porównywalne, gdyż w praktyce służy tym samym celom. Z doświadczenia Odwołującego wynika bowiem, że wykonywanie czynności z zakresu bieżącej obsługi prawnej zamawiających polega w przeważającej mierze na opiniowaniu dokumentów zamówienia (specyfikacji, wzorów umów), mającym na celu przesądzenie zgodności ich treści z przepisami ustawy Pzp, bądź wydawaniu opinii/rekomendacji w przedmiocie podejmowanych przez zamawiającego czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (np. wybór trybu udzielenia danego zamówienia, czy istnienie podstaw do odrzucenia danej oferty). Nie inaczej jest w sytuacji członków Izby, którzy powołani są - zgodnie z przepisem art. 473 ust. 1 pkt 1 Pzp - do rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika z kolei, że odwołanie przysługuje m. in. na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy, zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, czy na zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp, mimo że zamawiający był do tego obowiązany. Na podstawie powyższego nie sposób nie zauważyć, że rolą członków KIO również jest przesądzanie o zgodności z przepisami ustawy Pzp dokumentów zamówienia (w ramach rozpoznawania odwołań wnoszonych wobec treści dokumentów zamówienia), czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia (w ramach postępowań odwoławczych dotyczących np. odrzucenia/zaniechania odrzucenia danej oferty), bądź w związku z jego przygotowaniem (w ramach rozpoznawania odwołań dotyczących wyboru trybów niekonkurencyjnych udzielania zamówień). Dodania wymaga, że w ramach wykonywania swoich obowiązków Członkowie Izby mają do czynienia z bardzo szerokim spectrum zagadnień z różnorodnych branż, co dodatkowo ubogaca i powoduje, że doświadczenie przez nich nabywane jest doświadczeniem bardzo różnorodnym. Owocuje ono możliwością rozwiązywania przez nich wszelkich zadań i problemów z różnych perspektyw i zaoferowania najbardziej optymalnych rozwiązań. Z tych względów doświadczenie nabyte przez Członków Izby w trakcie zajmowania przez nich tego stanowiska, co pokazuje praktyka, jest doświadczeniem bardzo pożądanym na rynku usług prawnych, bowiem co najmniej 12 byłych Członków Izby aktualnie aktywnie wykonuje zawód radcy prawnego, bądź adwokata. W konsekwencji powyższego nie sposób twierdzić, że doświadczenie nabyte w KIO nie jest równoważne doświadczeniu adwokata/radcy prawnego funkcjonującego w obszarze zamówień publicznych. Wręcz przeciwnie. Należy dojść do przekonania, że tego rodzaju doświadczenie jest jednym z najszerzych i najpełniejszych doświadczeń nabywanych w obszarze zamówień publicznych. Powyższe w oczywisty sposób daje rękojmię nie tylko należytego stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych, ale również skonstruowania najbardziej optymalnych rozwiązań z punktu widzenia Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do

protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że obaj Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołaniu wynikający z art. 505 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 Pzp, art. 568 pkt 1 Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 956/21 w zakresie zarzutu nr 2 odwołania (pkt 1 sentencji). Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Wskazać należy, że Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 2 maja

2022r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów. Powyższe stanowisko Izby

znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Izby z dnia 27 sierpnia 2021r., sygn. akt KIO 2073/21.

Izba ustaliła:

Zamawiający w SWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„7.4. Zdolności technicznej lub zawodowej:

A. Zamawiający wymaga, by Wykonawca dysponował wiedzą i doświadczeniem obejmującą — w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie — wykonał:

- co najmniej 1 (jedną) usługę o wartości co najmniej 200.000,00 (słownie: dwieście tysięcy) złotych netto (wartość w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert na rzecz instytutu badawczego),
- co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą zastępstwo (reprezentację) w toku kontroli prowadzonej w oparciu o przepisy ustawy o kontroli w administracji rządowej,
- co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą wsparcie w toku realizacji inwestycji budowlanej o wartości robót przekraczającej 50.000.000,00 złotych brutto

B. Zamawiający wymaga, by Wykonawca dysponował potencjałem personalnym w postaci przynajmniej 3 (odrębnych) osób posiadających następujące, minimalne

kwalifikacje:

Osoba	Kompetencje minimalne
Koordinator wykonywania usługi	minimum 10 letnie doświadczenie zawodowe; minimum wymagany tytuł zawodowy/stopień naukowy: magister; uprawnienia radcy prawnego lub adwokata od przynajmniej 5 lat; _ doświadczenie w wykonywaniu obsługi na rzecz jednostek sektora finansów publicznych lub państwowych osób prawny
Członek zespołu ds. bieżącej obsługi	minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe, minimum wymagany tytuł zawodowy/ stopień naukowy: magister uprawnienia radcy prawnego lub adwokata od przynajmniej 5 lat.

Specjalista ds. postępowań zakupowych, dofinansowania i kontroli	minimum 10 letnie doświadczenie zawodowe dotyczące zamówień publicznych; minimum wymagany tytuł zawodowy/ stopień naukowy: magister; _ uprawnienia radcy prawnego lub adwokata od przynajmniej 5 lat; _ doświadczenie w zakresie doradztwa i reprezentacji w ramach postępowań wyjaśniających i kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych — co najmniej 2 (dwa) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert; doświadczenie w zakresie doradztwa i reprezentacji w ramach kontroli prowadzonej w oparciu o przepisy ustawy o kontroli w administracji rządowej — co najmniej 2 (dwa) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert; doświadczenia w zakresie zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą — co najmniej 2 (dwa) w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert
--	--

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Stosownie zaś do treści art. 16 ust. 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób proporcjonalny. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. W tym miejscu przywołać należy wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., o sygn. akt KIO 1241/17 i KIO 1242/17, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że warunki udziału w postępowaniu rozumieć należy, jako wymagania odnoszące się do właściwości wykonawcy, zainteresowanego uzyskaniem zamówienia publicznego, zaś ich celem jest zminimalizowanie ryzyka wyboru oferty wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia, lub w stosunku do którego (ze względu na sytuację podmiotową) zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Ustalone więc przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia zmierzają do tego, aby wyłonić podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia i aby wykluczyć z postępowania te podmioty, które tych warunków nie spełniają. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwrócił również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), ETS orzekł, że proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Podkreślić również należy, że obowiązek zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielanie zamówienia nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do realizacji zamówienia w należyty sposób. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest natomiast, by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. Zamawiający jest bowiem zainteresowany tym, aby zamówienie trafiło do wykonawcy zdolnego do prawidłowego wykonania umowy, bo wyłącznie wtedy zostaną zaspokojone jego potrzeby będące przyczyną wszczęcia postępowania, a środki publiczne, którymi dysponuje zostaną wydatkowane zgodnie z zasadami wynikającymi ze stosownych przepisów.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, wskazać należy, że Izba za zasadne uznała zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.4.A tiret pierwsze SWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymaga, by Wykonawca dysponował wiedzą i doświadczeniem obejmującą — w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie — wykonał co najmniej 1 (jedną) usługę o wartości co najmniej 200.000,00

(słownie: dwieście tysięcy) złotych netto (wartość w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert na rzecz instytutu badawczego).

W ocenie Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu niezasadnie ograniczył zakres podmiotowy usługi referencyjnej tylko i wyłącznie do instytutów badawczych. Wskazać należy, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie obsługi prawnej dla Zamawiającego, a więc w ocenie Izby wykonawcy, którzy świadczą usługi prawne w obszarze naukowym i medycznym posiadają odpowiednie kwalifikacje, zarówno o charakterze organizacyjnym jak i merytorycznym, aby w sposób należyty wykonać zamówienie. Izba za uzasadnione uznała stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym nie tylko instytuty badawcze prowadzą badania naukowe. Podkreślić należy, że przykładowo z przywołanego na rozprawie przez Zamawiającego art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce wprost wynika, że działalność naukowa obejmuje badania naukowe, prace rozwojowe oraz twórczość artystyczną. Stosownie natomiast do treści ust. 2 ww. przepisu badania naukowe są działalnością obejmującą:

- 1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające

przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne;

- 2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Izba uznała więc, że doświadczenie zdobyte w ramach obsługi prawnej podmiotów wskazanych w treści odwołania, takich jak uczelnie wyższe, Instytut Badawczy Łukasiewicz czy Polska Akademia Nauk, których działalność również obejmuje prowadzenie badań naukowych umożliwi także Zamawiającemu wyłonienie wykonawcy posiadającego wiedzę merytoryczną i kwalifikacje do prawidłowej realizacji usługi objętej niniejszym postępowaniem.

W ocenie Izby natomiast okoliczność, że podmioty wskazane przez Odwołującego jak np. uczelnie wyższe prowadzą działalność badawczą w mniejszym zakresie w żaden sposób nie przekłada się na możliwość zdobycia doświadczenia obejmującego świadczenie usług

prawniczych.

Izba za uzasadniony uznała także zarzut dotyczący ustanowienia w pkt. 7.4.A tiret drugie SWZ warunku udziału w postępowaniu oraz w pkt. 7.4.B SWZ w sposób nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający dopuścił doświadczenie w reprezentacji

w toku jedynie kontroli prowadzonej w oparciu o przepisy ustawy o kontroli w administracji rządowej.

Wskazać należy, że jak wynika z udzielonej przez Zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2022r. odpowiedzi na pytanie nr 3 miał on w okresie ostatnich lat kontrolę ministra nadzorującego, Najwyższej Izby Kontroli oraz postępowania kontrolne i wyjaśniające prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Był poddawany również kontrolom dotyczącym wydatkowania środków unijnych.

Izba uznała, że Zamawiający podlegał więc znacznie szerszej kontroli niż prowadzonej tylko i wyłącznie przez organy administracji rządowej. W konsekwencji zawężenie warunku udziału jedynie do reprezentacji w ramach kontroli prowadzonych w trybie ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej stanowi nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia. Istota wymagań polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia, co gwarantuje wybór wykonawcy. W ocenie Izby posiadanie przez wykonawcę doświadczenia przy reprezentowaniu podmiotów podczas przeprowadzania różnego typu kontroli czy postępowań wyjaśniających na przez inne podmioty niż tylko organy administracji rządowej umożliwi prawidłowe realizowanie zamówienia. Co więcej fakt posiadania doświadczenia przez wykonawcę w reprezentowaniu Zamawiającego podczas postępowań kontrolnych lub wyjaśniających prowadzonych również przez inne niż organy administracji rządowej stanowi wartość dodaną, bowiem jak wynika z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający był kontrolowany m.in. przez NIK czy Prezesa UZP.

Uwzględniając powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ww. postanowień SWZ.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.4 B SWZ.

W ocenie Izby wbrew stanowisku Odwołującego, nie sposób porównywać, ze sobą kwalifikacji zawodowych posiadanych przez członka Krajowej Izby Odwoławczej z kwalifikacjami zawodowymi radcy prawnego i adwokata. Podkreślić należy, że członek Krajowej Izby Odwoławczej, który nie posiada powyższego tytułu nie może reprezentować Zamawiającego np. w postępowaniu przed sądem Najwyższym czy Naczelnym Sądem Administracyjnym. Nie sposób w ocenie Izby odmówić Zamawiającemu prawa, aby mógł on wybrać wykonawcę, który w sposób najbardziej chroniący jego interesy zapewni jego obsługę prawną. Zamawiający jest zainteresowany tym, aby zamówienie trafiło do wykonawcy zdolnego do prawidłowego wykonania umowy, bo wyłącznie wtedy zostaną zaspokojone potrzeby zamawiającego będące przyczyną wszczęcia postępowania, a środki publiczne, którymi dysponuje Zamawiający. W ocenie Izby wiedza i doświadczenie są niezbędnym elementem wiarygodności i zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Zauważyć należy, że Zamawiający w § 1 ust. 2 wzoru umowy ustalił, że świadczenie usług pomocy prawnej obejmuje:

- A. Bieżące konsultacje w kwestiach prawnych - wszystkie dziedziny prawa - stosownie do potrzeb Zamawiającego;
- B. Tworzenie, weryfikacja i akceptowanie projektów pism i wystąpień;
- C. Tworzenie, weryfikacja i akceptowanie projektów umów, porozumień i aneksów do nich;
- D. Sporządzanie opinii oraz informacji prawnych;
- E. Udział w spotkaniach oraz negocjacjach (w trybie zdalnym oraz osobiście);
- F. Prowadzenie korespondencji z organami administracji rządowej, samorządowej oraz Narodowym Funduszem Zdrowia.

Podkreślić należy, że zdobycie kwalifikacji radcy prawnego lub adwokata wiąże się z koniecznością zdania egzaminu zawodowego obejmującego kilka dziedzin prawa, co w

sposób niewątpliwy świadczy o posiadaniu przez takie osoby szerokiej wiedzy prawniczej, a więc Zamawiający ma pewność, że zamówienie będzie realizowane przez podmiot dający rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zauważyć ponadto należy, że egzaminy zawodowe na radcę prawnego i adwokata wykraczają poza zakres spraw rozpoznawanych przez członków Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ obejmują m.in. prawo administracyjne, karne, czy gospodarcze, a więc chociaż niewątpliwie doświadczenie, kwalifikacje i wiedza członków Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie Prawa zamówień publicznych niezwykle szeroka to jednak nie sposób porównywać ich kwalifikacji radcy prawnego czy adwokata. Uwzględniając więc okoliczność, że Zamawiający oczekuje świadczenia usług prawnych obejmujących wszystkie działy prawa, a nie tylko prawa zamówień publicznych, Izba oddaliła powyższy zarzut, stwierdzając, że doświadczenie nabyte w KIO nie jest równoważne doświadczeniu adwokata/radcy prawnego funkcjonującego w obszarze innych niż prawo zamówień publicznych dziedzinach prawa.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku

oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W rozpoznawanej sprawie Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 2/3 do 1/3. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości po 7 500 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie po 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, a więc łącznie 14 700 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 100 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 4 900 zł ($14\,700\text{ zł} \times 1/3$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 800 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący :