Sygn. akt: KIO 3254/23

WYROK

z dnia 20 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. P., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. P. w Zaczerniu oraz S. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego S. M. w Rzeszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/5 i Odwołującego w części 4/5:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 660 zł 00 gr (słownie: sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) .

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3254/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Obsługa prawna Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie w zakresie: Pionu Zl, Wydziału Finansowo – Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych (O/RZ.D-3.2421.21.2023). Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 18 września 2023 r. pod nr 2023/BZP 00400519/01.

W dniu 30 października 2023 r. wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechania Zamawiającego tj.:

1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) czynności nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A. P. – LIDER (Zaczernie 890A 36-062 Zaczernie) i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego S. M. – PARTNER (ul. Lucjana Siemieńskiego 22/150 35-234 Rzeszów),

zwanych dalej łącznie „Konsorcjum” i:

a) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum,

b) uznanie, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wykonawcy oraz zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci Wykazu usług i oświadczenia składanego w trybie przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, w której Odwołujący przekazał

Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert oryginał gwarancji

ubezpieczeniowej w postaci elektronicznej, a brak podpisu elektronicznego na dokumencie gwarancji jaki otrzymał Zamawiający po przesłaniu tego dokumentu przez

platformę zakupową, nie jest okolicznością zależną od Odwołującego i jednocześnie, gwarancja ubezpieczeniowa jaką pozyskał Odwołujący zabezpiecza w całości zapłatę przez gwaranta na rzecz Zamawiającego należności tytułem wadium w wypadku ziszczenia się wobec Odwołującego ku temu przesłanek przepisanych ustawą Pzp oraz została wydana w formie elektronicznej (zawiera kwalifikowany podpis elektroniczny osoby uprawnionej do reprezentacji gwaranta)

ewentualnie

2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „uznk” w związku z art. 50, 26, 6, 11 ust. 1 i art. 13 Załącznika do uchwały Nr 884/XI/2023 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 7 lutego 2023 r w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, zwanej dalej „KERP”, w związku z art. 72 ust. 2 k.c. wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji w której, oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu (czynów) nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, polegających na:

a) naruszeniu istotnych interesów gospodarczych Odwołującego przez członków Konsorcjum wyrażającym się w utrzymywaniu Odwołującego co najmniej do dnia 28 września 2023 r. w mylnym przekonaniu, że dotychczasowa współpraca z r. pr. A. P., r. pr. S. M., r. pr. I. H. i r. pr. K. F. – w przypadku uzyskania zamówienia przez Odwołującego -będzie kontynuowana w ramach kolejnego zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego przez Odwołującego i na potrzeby złożenia oferty w Postępowaniu, przy jednoczesnym ukrywaniu braku takiego zamiaru i przygotowywaniu w tajemnicy konkurencyjnej oferty,

b) negocjowaniu w złej wierze (wbrew obowiązkowi płynącemu z interpretowanego a contrario art. 72 ust. 2 kc) przez członków Konsorcjum warunków współpracy, w szczególności wysokości wynagrodzenia za współpracę, z Odwołującym w ramach obsługi prawnej Zamawiającego, bez następczego zamiaru podjęcia takiej współpracy, ale wręcz przeciwnie - z zamiarem utrzymywania Odwołującego jak najdłużej w mylnym przekonaniu, w pierwszej kolejności, że Strony kontynuować będą

dotychczasową współpracę, później, że członkowie Konsorcjum nie są zainteresowani świadczeniem pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego oraz uzyskaniu jak najpełniejszych informacji o ofercie Odwołującego jaką zamierzał złożyć w Postępowaniu,

c) niezgodnym z zasadami etyki zawodowej radców prawnych i z dobrymi obyczajami nieuczciwym przygotowaniu i podjęciu działań zmierzających bezpośrednio do pozbawienia Odwołującego klienta w postaci Zamawiającego, co odbyło się w szczególności z naruszeniem zasady lojalności i koleżeństwa, do zachowania których członkowie Konsorcjum są zobowiązani,

d) nielicującym z zasadą uczciwości i dbałości o godność zawodu radcy prawnego, do zachowania których zobowiązuje radców prawnych art. 6 i art. 11 KERP oraz niezgodnym z dobrymi obyczajami działaniu członków Konsorcjum jako radców prawnych na szkodę finansową i wizerunkową ich dotychczasowego partnera biznesowego tj. Odwołującego, z którym na czas dopuszczenia się deliktów nieuczciwej konkurencji pozostawali we ścisłej współpracy biznesowej,

e) niezgodnym z art. 26 KERP, dobrymi obyczajami oraz zasadami współżycia społecznego, w tym z zasadą uczciwości kupieckiej wykorzystaniu do celu złożenia oferty w Postępowaniu przez Konsorcjum nieuzasadnionej przewagi, którą dawała im dotychczasowa i bieżąca współpraca z Odwołującym, w postaci wiedzy o sprawach Zamawiającego i specyfice funkcjonowania tego podmiotu, a także o ofercie przygotowywanej przez Odwołującego na potrzeby Postępowania;

f) niezgodnym z art. 50 KERP podejmowaniem czynności zmierzających do pozbawienia innego radcy prawnego dotychczasowego jego klienta, pomimo, iż członkowie Konsorcjum jako radcowie prawni mają w świetle zasad etyki radcowskiej obowiązek zaniechać wszelkich czynności, które dawałyby im nieuzasadnioną przewagę i prowadziły do pozbawienia innego radcy prawnego obsługi dotychczasowego klienta, w szczególności, że zamiar złożenia konkurencyjnej wobec Odwołującego oferty został zatajony wobec pozornego prowadzenia rozmów i zobowiązywania się w przedmiocie dalszej współpracy przy realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego,

g) nakłonieniu przez członków Konsorcjum r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F. do zaprzestania w przyszłości świadczenia przez nie w ramach współpracy z Odwołującym

świadczenia pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego, co skutkowało osłabieniem zasobów kadrowych Odwołującego z których ten zamierzał skorzystać w celu złożenia oferty w Postępowaniu (przy wyrażanej aprobacie przez r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F.) na krótko przed upływem terminu składania ofert oraz przy jednoczesnym przejęciu tych zasobów kadrowych przez Konsorcjum na potrzeby złożenia konkurencyjnej wobec Odwołującego oferty w Postępowaniu;

4) art. 116 ust. 1 w zw. z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, wyrażające się w uznaniu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW) za pomocą powołania się na doświadczenie r. pr. A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A. P., w związku z udziałem w realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego w ramach umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr 2413.45.2016) oraz z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.20220), w sytuacji, w której:

a) r. pr. A. P. nie była stroną tych umów, a jedynie jedną z osób jakie do realizacji tych umów skierował Odwołujący (będący stroną i wykonawcą tych umów) jako swój zasób własny i tym samym nie nabyła ona doświadczenia polegającego na świadczeniu usług wymaganych warunkiem udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW

a nawet gdyby uznać, że r. pr. A. P. mogłaby powołać się skutecznie na doświadczenie związane z udziałem w realizacji wspomnianych umów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW:

b) r. pr. A. P. nie była skierowana do realizacji tych umów w zakresie doradztwa prawnego obejmującego prawo zamówień publicznych i jej doświadczenie nie opiewa na kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów w rozumieniu warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW

- a co za tym idzie, wyrażające się w błędnym przyjęciu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW za pomocą złożonego Wykazu usług i zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia Wykazu usług;

5) § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) wyrażające się w akceptacji przez Zamawiającego złożenia przez Konsorcjum oświadczenia własnego r. pr. A. P. zgodnie z którym wykonała należycie usługi wskazane w złożonym przez Konsorcjum Wykazie usług, w sytuacji w której brak możliwości pozyskania przez konsorcjum właściwych dokumentów nie jest spowodowany przyczynami niezależnymi od Konsorcjum, a faktem, że:

a) r. pr. A. P. nie realizowała wskazanych w Wykazie usług samodzielnie jako wykonawca, a wyłącznie jako jedna z osób skierowanych do realizacji referencyjnych zamówień przez Odwołującego,

b) niezgłoszenie się przez r. pr. A. P. do Odwołującego o wydanie wspomnianych dokumentów referencyjnych we właściwym czasie podyktowane było zamiarem nieinformowania o przygotowaniach do złożenia oferty konkurencyjnej przez Konsorcjum wobec Odwołującego, co wpisuje się w naruszenie dobrych obyczajów będących podstawą do stwierdzenia złożenia oferty przez Konsorcjum w ramach czynu nieuczciwej konkurencji

- a wystąpienie przez r. pr. A. P. o wydanie referencji przez Odwołującego po upływie terminu składania ofert miało wyłącznie charakter pozorny i mający na celu dążenie do niezasadnego powołania się na opisany wyżej wyjątek wobec faktu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, co nie może legitymizować tego rodzaju, nieuczciwych praktyk;

6) art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wyrażające się w uznaniu, że Konsorcjum polega na zdolnościach tego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (tj. r. pr. A. P.) w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu uregulowanego w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW, który wykona usługi do realizacji których te zdolności są wymagane, w sytuacji w której ze złożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, nie wynika jaki zakresu usługi wykona r. pr. A. P., a tym samym z oświadczenia tego nie wynika, że wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, na którego doświadczenie Konsorcjum się powołuje, wykona usługi do realizacji których to doświadczenie jest wymagane, a co za tym idzie, wyrażające się w

błędnym przyjęciu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW i zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania

1) i o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego

b) powtórzenia badania i oceny ofert w tym odrzucenia oferty Konsorcjum;

2) oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że:

[gwarancja wadialna Odwołującego]

Przed wszczęciem Postępowania, Odwołujący pozyskał gwarancję ubezpieczeniową, mającą zabezpieczać wniesienie wadium w Postępowaniu. Wspomniana gwarancja została pozyskana przez Odwołującego od UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w ramach Umowy generalnej o gwarancje ubezpieczeniowe nr 100159/12/2022 zawartej pomiędzy UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna reprezentowaną przez Gwarancje 24 sp. z o.o. oraz Odwołującym w dniu 29 grudnia 2022 r. (w załączeniu).

Podmiotem, który zgodnie z Umową, w imieniu UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna miał wydawać Odwołującemu gwarancje jest Gwarancje 24 sp. z o.o.

W dniu 25 września 2023 r. Odwołujący złożył do Gwarancje 24 sp. z o.o. wniosek o wydanie gwarancji wadialnej na potrzeby Postępowania oraz wniósł wymaganą składkę.

W dniu 26 września 2023 r. Odwołujący został poinformowany o przygotowaniu gwarancji i Gwarancje 24 sp. z o.o. przesłały Odwołującemu dokument gwarancji (o nazwie pliku „Gwarancja_998060108679") oraz polisy w wiadomości e-mail. Poniżej, obrazujący to zrzut z ekranu komputera prezentujący wspomnianą wiadomość oraz pliki do niej dołączone.

Obydwa dokumenty, a więc wspomniana gwarancja oraz polisa zostały podpisane przez uprawnionego przedstawiciela od UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, p. S. C. kwalifikowanym podpisem elektronicznym (gwarancja została podpisana przez p. S. C. kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 26 września 2023 r. o godzinie 15:06:56). Raport z weryfikacji podpisu wygenerowany z programu KIR Szafir Odwołujący przedkłada wraz z odwołaniem. Tytułem wyjaśnienia, trzeba zaznaczyć, że certyfikat podpisu p. S. C. był ważny do dnia 20 października 2023 r. co potwierdza poniższy zrzut z ekranu z programu walidacji podopisu KIR Szafir:

Certyfikat

Szczegóły

Informacje o certyfikacie

Kwalifikowany certyfikat wystawiony dla:

C=PL, serialNumber=PNOPL-96081205214, surname=Chabera, givenName=Sebastian, CN=Sebastian Chabera

Wystawca certyfikatu:

organi zationl dentifier=VATPL- 5170359458, CN=Certum

QCA 2017, O=Asseco Data Systems S.A., C=PL

Numer

seryjny: 666228685818612370113222O998937602585

[HEX: 05031cla44c6624f5d882907a739eal9]

Ważny od: 2021-10-20 09:48:04

Ważny do: 2023-10-20 09:48:04

Na moment więc składania podpisu pod gwarancją (26 września 2023 r.) certyfikat był ważny i mógł służyć do ważnego podpisania gwarancji kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nawet gdy wygasał po upływie terminu składania ofert.

Wydana Odwołującemu gwarancja nosi numer 998060 108679 i jest datowana na dzień 26 września 2023 r. Zgodnie z treścią gwarancji, gwarant tj. UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, udzieliła Zamawiającemu gwarancji ubezpieczeniowej tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Odwołującego w wymaganej przez Zamawiającego

wysokości (36 000 zł) w związku z Postępowaniem i na okres dłuższy niż termin związania ofertą Odwołującego. W treści gwarancji odwołano się do wszystkich przesłanek zatrzymania wadium oraz zadeklarowano, że zobowiązanie gwaranta jest nieodwołalne, bezwarunkowe oraz płatne na pierwsze żądanie.

Przed upływem terminu składania ofert, Odwołujący pobrał wspomniany plik zawierający gwarancje wadialną (o nazwie pliku „Gwarancja_998060108679") i upewnił się, że jest on podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. S. C. – przedstawiciela UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna. Odwołujący, zgodnie z instrukcją zawartą w wiadomości e-mail przesłaną przez Gwarancje 24 sp. z o.o., nie podpisywał dodatkowo (nie nadpisywał) dokumentu gwarancji własnym podpisem ani nie połączył dokumentu gwarancji z innym plikiem.

W dniu 6 października 2023 r. o godzinie 10:40, Odwołujący wgrał plik zawierający gwarancję wadialną (o nazwie pliku „Gwarancja_998060108679") podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. S. C. (w wersji takiej jaką pobrał z wiadomości e-mail przesłanej przez Gwarancje 24 sp. z o.o., nie ingerując w żaden sposób w plik) oraz dokumenty oferty (o nazwie „Ć_oferta_Rzeszów_GDDKiA") na platformę zakupową Zamawiającego zgodnie z SWZ. Zgodnie z instrukcją obsługi platformy zakupowej, Odwołujący pobrał też z platformy zakupowej Zamawiającego potwierdzenie złożenia oferty, zawierające wymienienie przesłanych plików. W treści wspomnianego potwierdzenia widnieją dwa pliki o nazwach:

1) „Ć_oferta_Rzeszów_GDDKiA.pdf.enc";
2) „Gwarancja_998060108679.pdf.enc".

Poniżej Odwołujący prezentuje zrzut z ekranu komputera przedstawiający widok z raportu o złożonej przez Odwołującego ofercie, wygenerowany z platformy zakupowej Zamawiającego bezpośrednio po jej złożeniu. Dokument ten znajduje się też w załączeniu.

Z powyższego dokumentu wynika, że pliki zostały zaszyfrowane przez platformę zakupową Zamawiającego (stąd rozszerzenie .enc).

Od momentu wgrania ww. plików na platformę zakupową, Odwołujący nie miał wpływu na to co dzieje się z przesłanymi plikami, w tym ewentualne zachowanie ich integralności.

W treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że załączony do oferty Odwołującego dokument gwarancji ubezpieczeniowej Gwarancja Ubezpieczeniowa

zapłaty wadium Nr 998060 108679 z dnia 26.09.2023 r. (plik o nazwie „gwarancja_998060108679_3835829") stanowi skan (dokument nie zawiera podpisu) wydruku dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej. W ocenie Zamawiającego, dokument ten opatrzony jest adnotacją, która świadczy o podpisaniu gwarancji podpisem elektronicznym: „Dokument podpisany przez S. C. Data: 2023.09.26 15:06:56". Zamawiający stwierdził jednak, że złożony dokument nie był dokumentem oryginalnym, opatrzonym podpisem osoby upoważnionej do jego wystawienia. Tym samym nie mógł wywołać skutków prawnych, jakie wiążą się ze złożeniem gwarancji zapłaty wadium, tj. zabezpieczenia oferty wadium.

Wobec pozyskania przez Odwołującego od Gwarancje 24 sp. z o.o. oryginału gwarancji wadialnej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz przekazania Zamawiającemu oryginału tej gwarancji Zamawiającemu za pośrednictwem platformy zakupowej wraz z ofertą w dniu składania ofert, który to oryginał był podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Odwołujący wypełnił dyspozycję normy przepisu art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, a więc przekazał Zamawiającemu oryginał gwarancji w postaci elektronicznej. Sposób w jaki następnie dokument został przetworzony przez platformę zakupową Zamawiającego i przyczyny dla których dokument gwarancji jaki jest w posiadaniu Zamawiającego nie zawiera podpisu kwalifikowanego nie jest okolicznością zależną od Odwołującego i nie można w stosunku do niego wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty.

Należy podkreślić, że plik jaki otrzymał Zamawiający – co zresztą stwierdzono w informacji o odrzuceniu – zawiera informację potwierdzającą podpisanie go podpisem elektronicznym. Należy zaznaczyć, że ta informacja w pełni odpowiada danym z przedkładanego wraz z niniejszym odwołaniem raportu dotyczącego weryfikacji podpisu kwalifikowanego zamieszczonego na otrzymanej przez Odwołującego gwarancji od Gwarancje 24 sp. z o.o. i przesłanej następnie Zamawiającemu za pośrednictwem platformy zakupowej (ta sama data, godzina i osoba składająca podpis w polu „Pieczęć i podpis Gwaranta").

Należy wskazać, że wobec wydania przez gwaranta prawidłowej gwarancji wadialnej, której treść odpowiada wymaganiom Zamawiającego, a która została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do wystawienia takiej gwarancji przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, oferta Odwołującego jest w dalszym ciągu prawidłowo zabezpieczona jeśli chodzi o wadium, a Zamawiający może skutecznie dochodzić zapłaty kwoty wadium od gwaranta w wypadku ziszczenia się ku temu podstaw, nawet jeśli z uwagi na okoliczności za które odpowiedzialności nie ponosi Odwołujący, sam plik jako

potwierdzenie istnienia zobowiązania gwarancyjnego, jakim dysponuje Zamawiający nie zawiera podpisu elektronicznego. Prawidłowo wydana (z podpisem kwalifikowanym) na rzecz Zamawiającego gwarancja funkcjonuje bowiem w obrocie (została wydana) i zawiera ważne w stosunku do gwaranta i Zamawiającego zobowiązanie.

Tym samym, nie można uznać, że Odwołujący nie wniósł wadium lub że wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty w trybie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W związku z powyższym, trzeba uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego było nieprawidłową czynnością Zamawiającego.

Z ostrożności należy tu wskazać, że wobec charakteru czynności odrzucenia oferty i jej skutku, w orzecznictwie podnosi się, że poprzedzać je powinno skierowanie przez Zamawiającego wezwanie do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące okoliczności z jakimi gospodarz postępowania wiąże konieczność odrzucenia oferty. Tego rodzaju czynność pozwala bowiem na dokonanie przez Zamawiającego ustaleń weryfikujących wspomniane okoliczności i uniknąć ewentualnego niezasadnego odrzucenia oferty. W tym kontekście, czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień postrzegać wręcz należy jako obowiązek Zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji, w której identyfikowany przez Zamawiającego brak podpisu złożonego na dokumencie wadialnym, nie jest okolicznością zależną od Odwołującego. W świetle powyższego, brak uprzedniego wezwania Odwołującego przed odrzuceniem jego oferty jawić się powinno jako naruszenie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

[czyn nieuczciwej konkurencji]

Należy zaznaczyć, że Odwołujący świadczył na rzecz Zamawiającego pomoc prawną na podstawie m.in. umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr 2413.45.2016). Obecnie świadczy taką pomoc prawną na podstawie umowy z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.2020). Każda z ww. umów składała się z dwóch części:

1) Część I – świadczenie obsługi prawnej Zespołów Kierowników Projektów, Wydziału Nieruchomości, Wydziału Dokumentacji, Wydziału Środowiska Wydziału Monitorowania Inwestycji Drogowych w zakresie realizowanych przez te wydziały zadań oraz Wydziału Finansowo – Księgowego w zakresie zadań dotyczących windykacji wierzytelności Skarbu Państwa;

2) Część II – świadczenie obsługi prawnej Wydziału zamówień publicznych.

Członkowie Konsorcjum, tj. r. pr. A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A. P. i r. pr. S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego S. M., w rozumieniu regulacji przepisów Pzp jako tzw. zasoby własne Odwołującego, uczestniczyli w realizacji zamówień publicznych polegających na

świadczeniu przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego zgodnie z ww. umowami (obydwoje wyłącznie w zakresie Części I).

Wskazana wyżej umowa z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.2020) ma zakończyć się wraz z upływem 2023 r. i w związku z tym, wspólnicy Odwołującego, latem 2023 r. spotkali się z r. pr. A. P. i r. pr. S. M., a także z dwiema innymi spośród osób dotychczas uczestniczących w obsłudze prawnej Zamawiającego z ramienia Odwołującego tj. r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F. .

R. pr. I. H. i r. pr. K. F. również jako tzw. zasoby własne Odwołującego uczestniczyły w realizacji zamówień polegających na świadczeniu przez Odwołującego pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego z tym, że spośród wyżej wymienionych osób wyłącznie r. pr. I. H. uczestniczyła w realizacji Części II ww. umów (jak wspomniano r. pr. A. P. i r. pr. S. M., a także r. pr. K. F., uczestniczyli w realizacji umów w zakresie Części I umów).

W realizację Części II ww. umów zaangażowana była r.pr. I. H., r.pr. J. L. oraz osobiście r. pr. D. Ć. – Wspólnik Odwołującego. Pomoc prawna świadczona na rzecz Zamawiającego obejmowała także inne czynności jak np. zastępstwo procesowe, które w sytuacji kiedy były świadczone w Warszawie przed sądami czy też Krajową Izbą Odwoławczą, prowadzone były w zasadniczym wymiarze przez Wspólników Odwołującego.

Podczas wspomnianego spotkania, Odwołujący wspólnie z r. pr. A. P. i r. pr. S. M. potwierdzili wzajemnie kontynuację dotychczasowej współpracy w związku z zamiarem ubiegania się przez Odwołującego o zawarcie kolejnej umowy z Zamawiającym w ramach wówczas planowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ponowne skierowanie do realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego r. pr. A. P. i r. pr. S. M. . Takie ustalenia, Odwołujący poczynił także z r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F. .

Odwołujący, po wszczęciu przez Zamawiającego Postępowania we wrześniu 2023 r., podjął czynności związane z przygotowaniem oferty z projektowanym udziałem w realizacji zamówienia r. pr. A. P. i r. pr. S. M., a także r. pr. Izabeli Hołub oraz r. pr. K. F.. M.in. w dniu 22 września 2023 r. S. M., zgodnie z uzgodnieniami z Odwołującym, przesłał wspólnikom Odwołującego szczegółowe informacje o kontraktach, w których w związku z dotychczasową współpracą z Odwołującym, r. pr. A. P. i r. pr. S. M., a także r. pr. K. F. brali udział, na

potrzeby wypełnienia formularza „Kryteria pozacenowe". Odwołujący uzgadniał też z r. pr. A. P. i r. pr. S. M., a także r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F., treść wniosków o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia jakie następnie Odwołujący kierował do Zamawiającego i na które otrzymał odpowiedź wyjaśniającą opublikowaną przez Zamawiającego na platformie zakupowej.

Wspólnicy Odwołującego, w trybie zdalnym spotkali się też z r. pr. S. M. i r. pr. A. P. (a także r. pr. I. H. i r. pr. K. F.) w dniu 25 września 2023 r. i 28 września 2023 r. w celu przygotowania oferty (w szczególności warunków cenowych) Odwołującego, w której do realizacji zamówienia na rzecz GDDKiA wskazane miały zostać wspomniane osoby. Wspólnicy Odwołującego i członkowie Konsorcjum odbyli w tym czasie również szereg rozmów telefonicznych.

Przed upływem terminu składania ofert, r. pr. A. P. i r. pr. S. M. postawili na swoją rzecz warunki finansowe pod którymi wyrażają zgodę na wskazanie ich w ofercie Kancelarii Ć. oraz oświadczyli, że bez ich spełnienia (przy jednoczesnym wpisaniu się ceny oferty w kwotę wynikającą z planu zamówień publicznych powiększoną max. 10%) nie zamierzają brać udziału w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. Wówczas, deklaracje braku woli udziału w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, złożyły też r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F.. Wszystkie wspomniane osoby oświadczyły o rozpoczęciu szukania nowego zatrudnienia, poza GDDKiA wskazując choćby oferty dla radców prawnych zamieszczone na portalu pracuj.pl.

Odwołujący złożył wspomnianym osobom ofertę przystania na oczekiwane przez nich warunki finansowe przy większym niż 10% przekroczeniu kwoty jaka ujawniona została w planie zamówień publicznych Zamawiającego.

W dniu 5 października 2023 r. (czwartek) i 6 października (piątek – dzień składania ofert) w godzinach porannych miały miejsce ponowne próby ze strony Odwołującego nawiązania kontaktu, w tym z r.pr. S. M. (jako liderem zespołu realizacyjnego w dotychczas realizowanej umowie) celem ostatecznych rozstrzygnięć odnośnie do wysokości możliwych do uwzględnienia negocjowanych kwot wynagrodzenia. Podczas rozmowy prowadzonej przez r. pr. S. M. z r. pr. W. S. w dniu 5 października 2023 r., r. pr. S. M. ponownie oświadczył, iż nie zmienia swojej decyzji o braku woli udziału w świadczeniu pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego i o rozpoczęciu szukania nowego zatrudnienia. Pozostałe próby kontaktu, w tym także w dniu 6 października w godzinach porannych okazały się nieskuteczne – Osoby do

których Odwołujący dzwonił nie odebrały połączeń i nie oddzwoniły, ani w tym dniu ani później.

W dniu 6 października 2023 r. o godz. 11.15 otwarcie ofert w Postępowaniu (termin przesunięty przez GDDKiA z daty 2 października na 6 października br.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie pomocy prawnej na rzecz GDDKiA, w którym złożono dwie oferty:

1) Odwołującego;

2) Konsorcjum.

Zgodnie z treścią oferty Konsorcjum, powołali się oni w ramach kryteriów oceny ofert na doświadczenie jakie nabyli uczestnicząc w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego jako zasoby Odwołującego. Ponadto, w ofercie

Konsorcjum oświadczono o skierowaniu do realizacji zamówienia (jako zasoby własne Konsorcjum) r. pr. I. H. i r. pr. K. F., również powołując się na doświadczenie tych osób nabyte w związku z uczestnictwem w realizacji zamówień na rzecz Zamawiającego jako zasoby osobowe Odwołującego.

Mimo prób podejmowanych przez Odwołującego wobec zaprzestania kontaktu telefonicznego ze strony ww. Osób z Odwołującym, w swojej ofercie, Odwołujący (mimo wcześniejszych ustaleń) nie mógł wskazać do realizacji zamówienia nie tylko r. pr. A. P. i r. pr. S. M., ale także r. pr. I. H. i r. pr. K. F., a więc osób, które dotychczas były kierowane do realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego przez Odwołującego, a które – jak okazało się po otwarciu ofert – zostały wskazane w ofercie Konsorcjum.

R. pr. A. P. i r. pr. S. M. nie informowali Odwołującego o zamiarze samodzielnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie ani nie zwracali się do Odwołującego wyrażenie na to zgody mimo przyjętego na siebie zobowiązania, w tym podczas wspomnianego spotkania Stron, podobnie jak o wyrażenie zgody na wskazanie w swojej ofercie dotychczasowych zasobów osobowych Odwołującego tj. r. pr. I. H. i r. pr. K. F.. Dokumenty złożone wraz z ofertą Konsorcjum wskazują, iż już w dniu 2 października 2023 r. ww. przedstawiciele Konsorcjum generowali i uzyskiwali dokumenty niezbędne do odrębnego przygotowania i złożenia oferty w formie elektronicznej.

Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy lub klienta. Stypizowanym odrębnie czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. przejmowanie pracowników.

Jak z kolei stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z orzecznictwem: Wszystkie czyny zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ponadto, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwala uznać za czyny nieuczciwej konkurencji również inne zachowania przedsiębiorcy, nieobjęte przepisami tej ustawy, które są zabronione na gruncie innych ustaw lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, jednocześnie naruszając interes przedsiębiorcy. Ustalenie dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje z uwzględnieniem celu ustawy, jakim jest zapewnienie równych i niezakłóconych warunków konkurencji. W kontekście relacji z konsumentami jako sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsiębranych działań (…) Praktyki sprzeczne z dobrymi obyczajami mogą być włączane do kategorii praktyk bezprawnych w szerokim rozumieniu tego terminu. W takim ujęciu działaniem bezprawnym jest nie tylko działanie naruszające przepisy prawne, lecz także takie, które wprawdzie nie pozostaje w sprzeczności bezpośrednio z przepisami prawa, ale narusza dobre obyczaje. Pojęcie dobrych obyczajów nie jest w prawie zdefiniowane. Podobnie jak klauzula zasad współżycia społecznego, dobre obyczaje nie mają określonej normatywnej definicji. Jest to klauzula generalna, której rolą jest możliwość uwzględnienia w ocenie różnego rodzaju okoliczności faktycznych, które nie mogą - w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego - być według jakiegoś schematu mającego walor bezwzględny oceniane raz na zawsze i w sposób jednakowy. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r. I NSK 61/18).

W świetle powyższego, należy uznać, że Konsorcjum złożył ofertę w ramach czynu (czynów) nieuczciwej konkurencji. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać w pierwszej kolejności prowadzenie z Odwołującym czynnych prac związanych z przygotowaniem jego oferty i przy zobowiązaniu się do kontynuowania współpracy z Odwołującym przy realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego jako tzw. zasoby własne Odwołującego w związku

z wykorzystanie posiadanego doświadczenia, nabytego zresztą wyłącznie przy realizacji zamówień na rzecz Zamawiającego z ramienia Odwołującego. W toku tych prac, członkowie Konsorcjum zdobyli wiedzę nie tylko o samym fakcie przygotowania oferty przez Odwołującego, ale i o okolicznościach istotnych dla jej sporządzenia, w tym brali udział w formułowaniu wniosków o wyjaśnienie treści SWZ.

Następnie, wobec postawienia nierealnych żądań finansowych (w świetle żądania, aby cena oferty jednocześnie nie przekroczyła o max. 10% kwotę wynikającą z planu zamówień Zamawiającego), członkowie Konsorcjum złożyli deklarację o braku zainteresowania nie tylko udziałem w realizacji zamówienia z ramienia Odwołującego, ale i w ogóle świadczenia pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego. Tymczasem, bez informowania o tym Odwołującego i bez pozyskania jego zgody, Konsorcjum nie tylko złożyło konkurencyjną w stosunku do Odwołującego ofertę z powołaniem się w kryteriach oceny ofert w zasadzie w całości na doświadczanie zdobyte w związku ze współpracą z Odwołującym na rzecz Zamawiającego, ale także opiewającą na skierowanie do realizacji zamówienia dotychczasowych zasobów własnych Odwołującego (r. pr. I. H. i r. pr. K. F.), które dotychczas uczestniczą w realizacji umowy z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.2020) jaką Odwołujący zawarł z Zamawiającym i z wykorzystaniem doświadczenia tych osób nabytego w ten sposób celem konkurowania z Odwołującym o zamówienie w ramach Postępowania.

Powyższe zestawić należy z wykładnią pojęcia dobrych obyczajów, do którego odwołuje się przepis art. 3 ust. 1 uznk: Oceniając działania podjęte przez pozwanego Sąd Apelacyjny zauważa, że od przedsiębiorcy, jako profesjonalnego uczestnika rynku, tenże rynek wymaga staranności zawodowej poprzez spełnienie wymogu szczególnej wiedzy i staranności, jakiej można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w relacjach rynkowych, zgodnie z

uczciwymi praktykami rynkowymi i ogólną zasadą dobrej wiedzy o zakresie jego działalności. Jak to podkreślane jest przez teoretyków prawa konkurencja, wolność gospodarcza wymagają szerszej perspektywy ujmowania niż tylko ekonomiczna. Znalazło to również wyraz w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. poprzez wprowadzenie, jako definicji nieuczciwej konkurencji klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Jest ona wyrazem stanowiska zgodnie, z którym prawidłowe funkcjonowanie ładu ekonomicznego wymaga uwzględnienia zwyczajów handlowych, dobrych obyczajów. Odwołanie się do reguł poza systemowych oznacza odesłanie do zawartych tam norm i reguł ogólnie pojmowanych, jako zasady uczciwości kupieckiej. Omawiane stanowisko jest wyrazem zasady, że prawo jest sztuką tego co dobre i słuszne, realizowanej w starożytności przez prawo rzymskie, a obecnej powszechnie we współczesnych systemach prawnych demokratycznych państw. Odniesienie się do tych zasad wymagało tak jak to uczynił Sąd Okręgowy oceny działań pozwanego

również w aspekcie norm moralnych, dobrych obyczajów, uczciwości kupieckiej. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 21 listopada 2013 r. I ACa 374/13).

W doktrynie wskazuje się z kolei: Należy wskazać, że «dobre obyczaje» to reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać działania np. zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania (E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2022, art. 3.).

Oceniając więc przez pryzmat ww. wykładni postępowanie członków Konsorcjum wobec Odwołującego, należy stwierdzić, że nie jest ono zgodne z dobrymi obyczajami, zwłaszcza mając na uwadze, że tak członkowie Konsorcjum jak i Odwołujący wykonują zawód zaufania publicznego w związku, z którym obowiązują ich pewne normy korporacyjne. Odwołując się w całości do poszczególnych norm korporacyjnych jakie naruszyli członkowie Konsorcjum i ich opisów zawartych w petitum odwołania, należy jedynie zasygnalizować, że zgodnie z § 50 ust. 1 KERP1, radca prawny obowiązany jest do lojalności i koleżeństwa wobec członków samorządu, a zgodnie z § 50 ust. 3 KERP, nie może podejmować czynności zmierzających do utraty przez innego radcy prawnego klienta. W opisie zachowania członków Konsorcjum wyraźnie zaobserwować można też prowadzenie negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy (art. 72 § 2 k.c.). Bez wątpienia też postępowanie Konsorcjum zagraża interesowi Odwołującego. Zachowanie Konsorcjum wpisuje się także w czyn uregulowany w przepisie art. 12 ust. 2 uznk, zgodnie z którym przez czyn nieuczciwej konkurencji rozumie się też nakłanianie innych niż klienci przedsiębiorcy osób (w tym przypadku r. pr. I. H. i r. pr. K. F.) do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodzenia przedsiębiorcy.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest odrzucenie oferty Konsorcjum. W tym bowiem wypadku, granica dozwolonego konkurowania ze sobą przedsiębiorców wyznaczana normami społecznymi definiowanymi jako dobre obyczaje została przekroczona przez sposób postępowania członków Konsorcjum. Faktyczny zamiar samodzielnego ubiegania się przez Konsorcjum o udzielenie zamówienia był ukrywany przed Odwołującym (właściwie do dnia składania ofert), który z kolei w dobrej wierze prowadził z członkami Konsorcjum (i swoimi – finalnie przejętymi przez Konsorcjum - zasobami osobowymi) rozmowy celem realizacji

wzajemnie poczynionych ustaleń, a wspomniany zamiar został zakomunikowany Odwołującemu przez fakt dokonany. Konsorcjum więc wykorzystało prowadzone negocjacje oraz składane wcześniej deklaracje o dalszej współpracy do ukrycia swojego faktycznego zamiaru złożenia oferty konkurencyjnej w Postępowaniu. Wspomniana oferta opiewała też na deklarację skierowania do realizacji zamówienia dotychczasowych zasobów własnych Odwołującego, pozbawiając go tym samym możliwości uwzględnienia tych zasobów w swojej ofercie. Szczegółowy opis czynów Odwołującego naruszających uczciwą konkurencję znajduje się też w petitum odwołania i w tym zakresie należy się w tym miejscu w całości do nich odwołać.

[doświadczenie na potwierdzenie spełnienia warunku z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW oraz brak referencji]

Zgodnie z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW, Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności techniczne lub zawodowej Wykonawcy:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) dotyczącej Wykonawcy:

Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który wykaże się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 2 usług polegających na świadczeniu obsługi prawnej na rzecz: a) inwestora inwestycji liniowych, lub b) wykonawców inwestycji liniowych, lub

c) wykonawców umów na nadzór i zarządzanie kontraktem inwestycji liniowych,

w ramach których świadczono kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów, obejmujące co najmniej: zagadnienia z dziedziny finansowania inwestycji, prawa cywilnego, prawa budowlanego, administracyjnego, ochrony środowiska, prawa zamówień publicznych.

Wymaga się, aby każda z ww. usług do dnia złożenia oferty wykonywana była nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy. Jako jedną usługę Zamawiający rozumie jedną umowę.

Wezwane do złożenia dokumentów podmiotowych Konsorcjum w celu wykazania spełnienia ww. warunku złożyło Wykaz osób, w którym powołano się na doświadczenie r. pr. A. P. w

związku z udziałem w realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego w ramach zawartych przez Odwołującego z Zamawiającym umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr 2413.45.2016) oraz z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.2020).

To doświadczenie zostało zaaprobowane przez Zamawiającego jako spełniające ww. warunek udziału w postępowaniu.

Tymczasem, co należy wyraźnie podkreślić, r. pr. A. P. nie była stroną tych umów, a jedynie jedną z osób jakie do realizacji tych umów skierował Odwołujący (będący stroną i wykonawcą tych umów) jako swój zasób własny. R. pr. A. P. nie świadczyła więc kompleksowego doradztwa prawnego na rzecz Zamawiającego jako wykonawca tej usługi (tym bardziej – wobec zastrzeżenia ww. warunku – usługi rozumianej jako jedna umowa). Nie można stawiać znaku równości pomiędzy uczestniczeniem – nawet w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej – w świadczeniu referencyjnych usług, a realizacją tych usług właściwą wykonawcy umowy o wykonanie takich usług. Doświadczenie w ten sposób nabyte nie jest porównywalne do doświadczenia wykonawcy usług, chociażby mając na względzie odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wobec zamawiającego (np. kar umownych), a więc za całość realizacji usług, w tym całego zespołu realizującego usługę (składającego się z więcej niż jednej osoby). Również nie r. pr. A. P., a wykonawca usługi (Odwołujący) zobowiązany był do posiadania stosownego ubezpieczenia wymaganego umową przez Zamawiającego obejmującego odpowiedzialność za całość realizacji usługi, co było immamentnym aspektem usługi jako wymaganie dokumentów zamówienia.

Wobec powyższego, doświadczenie r. pr. A. P. zobrazowane w Wykazie usług nie mogło posłużyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW.

Niezależnie od powyższego i przyjmując nawet z ostrożności, że co do zasady r. pr. A. P. mogłaby potencjalnie posłużyć się wskazanym w Wykazie usług doświadczeniem nabytym jako zasób własny Odwołującego skierowany do realizacji umów zawartych przez Odwołującego z Zamawiającym w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW, należy wskazać, że doświadczenie to nie wpisywałoby się w treść przedmiotowego warunku, w tym zwłaszcza nie polegało na świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w rozumieniu tego warunku zdefiniowanego przez Zamawiającego. Za takie, kompleksowe doradztwo prawne,

Zamawiający postanowił rozumieć doradztwo obejmujące m.in. co najmniej prawo zamówień publicznych.

Wspomniano już wyżej, że umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr 2413.45.2016) oraz z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.2020) składały się z dwóch części:

1) Część I – świadczenie obsługi prawnej Zespołów Kierowników Projektów, Wydziału Nieruchomości, Wydziału Dokumentacji, Wydziału Środowiska Wydziału Monitorowania Inwestycji Drogowych w zakresie realizowanych przez te wydziały zadań oraz Wydziału Finansowo – Księgowego w zakresie zadań dotyczących windykacji wierzytelności Skarbu Państwa;

2) Część II – świadczenie obsługi prawnej Wydziału zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał także już wcześniej, że r. pr. A. P. była skierowana do realizacji ww. umów wyłącznie w Częściach I, a tym samym, nie świadczyła pomocy prawnej (doradztwa prawnego) w zakresie prawa zamówień publicznych, którego dotyczyły Części II rzeczonych umów (do realizacji których skierowani byli r. pr. I. H., r. pr. J. L. oraz r. pr. D. Ć.). Tym samym, przyjmując nawet, iż nabyte przez r. pr. A. P. doświadczenie mogłoby być traktowane jako realizacja referencyjnych usług, zakres jej udziału w realizacji tych usług przekreśla możliwość stwierdzenia, iż miały one charakter kompleksowy w rozumieniu rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW bowiem nie obejmowały one doradztwa prawnego w przedmiocie prawa zamówień publicznych.

W świetle powyższego, nie można w sposób zgodny z ustawą Pzp i treścią dokumentów zamówienia stwierdzić, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW.

Kolejno należy wskazać, że Konsorcjum, celem wykazania, że usługi wskazane przez Konsorcjum w Wykazie usług zostały wykonane należycie (abstrahując od tego, iż powołanie się na nie, nie mogło skutecznie wykazywać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW) niezasadnie powołało się na oświadczenie własne.

Zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.), co do zasady, celem wykazania należytego wykonania referencyjnych

usług lub dostaw, wykonawca zobowiązany jest przedstawić właściwe dowody, przy czym dowodami takimi są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Tylko w wyjątkowych okolicznościach, w których wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, możliwe jest powołanie się na oświadczanie własne wykonawcy.

Zgodnie z orzecznictwem: Rozporządzenie to wskazuje jednocześnie, że dowodami takimi są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Natomiast jeśli wykonania, z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może złożyć oświadczenie własne. Można więc powiedzieć, że mamy w tym zakresie do czynienia z pewną "hierarchią" dokumentów, w tym rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków podmiotowych wyraźnie stanowi, że zasadniczo dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia mają pochodzić od podmiotu na rzecz którego zostało wykonane zamówienie. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r. KIO 3437/21). Z całą pewnością, uprawnienie do złożenia oświadczenia własnego potwierdzające należyte wykonanie usługi nie może być wykorzystywane w sytuacji, w której wykonawca nie może pozyskać „zasadniczego" poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego wykonał usługę z uwagi na fakt, że treść tego poświadczenia mogłaby nie potwierdzać spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu lub z uwagi na inne, zawinione przez siebie okoliczności. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku.

Powoływanie się przez r. pr. A. P. na doświadczenie związane ze skierowaniem jej przez Odwołującego do realizacji umów zawartych przez Odwołującego z Zamawiającym, nie mogłoby służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW (usługi w rozumieniu tego warunku) i tym samym, Konsorcjum dążyło do nieuzasadnionego posiłkowania się oświadczeniem własnym. Co więcej, trudno uznać, że niepozyskanie przez r. pr. A. P. "zasadniczego" w świetle przywołanych wyżej przepisów rozporządzenia dowodu, we właściwym ku temu terminie – a więc jak ma to miejsce w praktyce – przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, na potrzeby którego taki dowód jest pozyskiwany, podyktowane było okolicznością od niej niezależną. Wspomniano już wyżej, że działając w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podobnie jak drugi członek Konsorcjum, skrywała ona przed Odwołującym swój zamiar złożenia konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, prowadząc w złej wierze negocjacje z Odwołującym. Tego rodzaju postępowanie, będące naruszeniem dobrych obyczajów kupieckich, nie może stanowić usprawiedliwienia dla korzystania z omawianego, wyjątkowego rozwiązania

(chociażby mając na względzie przepis art. 5 k.c. i uregulowany tam zakaz nadużycia prawa podmiotowego).

W świetle powyższego, aprobata Zamawiającego dla złożenia przez Konsorcjum oświadczenia własnego w celu wykazania należytego wykonania usług wskazanych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, traktowana być powinna jako naruszenie przepisów § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.).

[naruszenie przepisu art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp]

Zgodnie z przepisem art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Intencją ustawodawcy było zapewnienie, aby powołanie się na doświadczenie określonego wykonawcy ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia nie było pozornym, a tym samym, aby ten wykonawca, który wykazywał posiadanie odpowiednich zdolności technicznych i zawodowych wykonał zamówienie w zakresie w jakim zdolności te są wymagane. Zapewnieniem realizacji tej intencji jest przepis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, który nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek złożenia oświadczenia wskazującego które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Jak wskazuje się w orzecznictwie:

1) Celem oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p., jest weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. KIO 2945/21);

2) Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania

wniosków / ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2021 r. KIO 2597/21).

Z powyższej wykładni wynika jednoznacznie, że oświadczenie składane w trybie przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp musi opiewać na opis wykonania zamówienia przez poszczególnych członków konsorcjum, w tym przypisanie im poszczególnych zadań związanych z realizacją zamówienia, które wpisywać się muszą w zdolności techniczne i zawodowe jakich posiadanie wykazywali.

W przedmiotowym przypadku, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz.

8.2. pkt 4 lit. a IDW, Konsorcjum (jakkolwiek w ocenie Odwołującego nieskutecznie) powołało się na doświadczenie r. pr. A. P., która świadczyć miała referencyjne usługi, a które to doświadczenie miało dawać rękojmię, że wykonawca jakim ma być Konsorcjum dawać będzie rękojmię należytego wykonania zamówienia. Konsorcjum powinno wobec tego wykazać za pomocą oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w szczególności jaki sposób r. pr. A. P. wykona usługi w zakresie dla realizacji których zdolności na które się powołała są wymagane.

Tymczasem treść oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w żaden sposób nie opisuje w jaki sposób poszczególni członkowie konsorcjum wykonają zamówienie, a tym bardziej jakie zadania zostaną im przypisane jako „nośnikom" doświadczenia wskazanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazać bowiem należy, że Konsorcjum złożyło następujące oświadczenie:

OŚWIADCZAM/-MY, iż następujące usługi wykonają poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Wykonawca (nazwa): A. P., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. P.

wykona: Obsługę prawną Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie w zakresie: Pionu ZI, Wydziału Finansowo – Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych - usługi świadczone przez 3 radców prawnych

Wykonawca (nazwa): KANCELARIA RADCY PRAWNEGO SZYMON MRÓZ

wykona: Obsługę prawną Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie w zakresie: Pionu ZI, Wydziału Finansowo – Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych – usługi świadczone przez 1 radcę prawnego

Jak wynika z powyższego, Konsorcjum nie wskazało nawet przez jakich radców prawnych świadczone będą poszczególne usługi, nie wspominając już o sprecyzowaniu jakiego rodzaju będą te usługi, a co najważniejsze, które usługi i w jakim zakresie właściwym dla jej doświadczenia wskazanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykona r. pr. A. P.. Tego rodzaju oświadczenie w żaden sposób nie wpisuje się w opisany wyżej cel któremu ma służyć i uniemożliwia stwierdzenie na jego podstawie, że Konsorcjum wykazało należycie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym oparcie się na jego treści przez Zamawiającego i wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, uznać należy za wadliwy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 listopada 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Ad 1 i 2 – zarzut dot. odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na brak podpisu elektronicznego na dokumencie gwarancji zapłaty należności z tytułu wadium;

W niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego została odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp (brak wniesienia wadium lub wniesienie w sposób nieprawidłowy). Błąd Odwołującego polegał na tym, że dokument gwarancji dostarczony w formie pliku pdf „Gwarancja_998060108679" umieszczonego na Platformie zakupowej eB2B przez Odwołującego – nie zawierał kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Plik ten stanowił skan wydruku dokumentu gwarancji sporządzonej w formie elektronicznej. Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący nie kwestionuje tego, że plik ten w obecnej formie nie zawiera podpisu elektronicznego. Odwołujący twierdzi jednak, że wgrał prawidłowy plik (z podpisem), który jednak zdaniem Odwołującego musiał zostać przekształcony po jego wgraniu na platformę zakupową. Sytuacja taka nie miała jednak miejsca. Jak wynika z wyjaśnień przedstawiciela Platformy zakupowej eB2B – platforma w żaden sposób nie ingeruje w zawartość ani treść

przesyłanych załączników. Potwierdzeniem tej okoliczności jest tożsamość sumy kontrolnej pliku wgrywanego z aktualną sumą kontrolą pliku. Plik ten był więc dostępny dla Zamawiającego dokładnie w takiej formie (bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego), w jakiej został wgrany.

Dowód: Wydruk wiadomości e-mail z dnia 31.10.2023 r. od Platformy zakupowej eB2B do Zamawiającego;

Pliku wgranego przez Odwołującego nie sposób zweryfikować żadną z dedykowanych aplikacji ponieważ żadna z tych aplikacji nie wykrywa na tym pliku podpisu. Wbrew więc twierdzeniom Odwołującego – dostarczony przez niego plik – nie dawał Zamawiającemu żadnej gwarancji, że oferta Odwołującego jest prawidłowo zabezpieczona i że Zamawiający będzie mógł skutecznie dochodzić zapłaty kwoty wadium od gwaranta w wypadku ziszczenia się ku temu podstaw.

Należy zwrócić uwagę, że z pkt 16.6 ppkt 4) IDW, wraz z Ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy: oryginał gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium jest wnoszone w innej formie niż pieniądz, z uwzględnieniem postanowień pkt 18.3. IDW (który to punkt także wyraźnie wskazuje na wymóg wniesienia oryginału gwarancji lub poręczenia).

W wyroku z dnia 15 października 2012 r., KIO 2121/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wskazanie zawarte w SIWZ dotyczące wymogu przedłożenia oryginału gwarancji jest dla wykonawców wiążące. Izba uznała, że „nawet jeśli wykonawca ustanowił na rzecz zamawiającego wadium, ale nie przedłożył wykonawcy dokumentu upoważniającego zamawiającego do dysponowania tym wadium, to nie można uznać, że wadium zostało wniesione. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego, to zamawiający nie mógłby sprawdzać wpływu gotówki na swoje konto, a musiałby opierać się wyłącznie na potwierdzeniach przelewów, które są odwoływalne, a nadto mogą być niezrealizowane, choćby z

powodu braku środków na koncie. Istotą wadium jest, jak słusznie zauważył zamawiający zabezpieczenie interesów zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym przy ocenie skuteczności wniesienia wadium nie można kierować się względami słuszności, czy postulatami odformalizowania postępowania. (…) Izba przyznaje rację zamawiającemu, że oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powinien być złożony zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert, aby doszło do skutecznego wniesienia wadium. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wyraźnie stanowi o terminie, który przesądza o skuteczności wniesienia wadium i termin ten upływa wraz z

upływem terminu do składania ofert, tym samym twierdzenia odwołującego o możliwości przedstawienia dokumentu wadium w późniejszym terminie pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy".

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła choćby w wyroku z dnia 20.10.2015 r., KIO 2166/15, w którym uznała, że, „brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione. Przepis art. 45 ust. 3 p.z.p. nakazuje wnoszenie wadium przed upływem terminu składania ofert. Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej powoduje skutek niewniesienia wadium, wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p."

W innym wyroku (wyrok KIO z 10.03.2020 r., KIO 406/20, LEX nr 3027566) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Ustawodawca nie rozróżnia kwestii przedłużenia ważności wadium w zależności od tego czy nastąpiło ono na wezwanie Zamawiającego czy z inicjatywy wykonawcy. W obu tych przypadkach wadium ma zostać wniesione w sposób prawidłowy, co jest istotne z uwagi na jego funkcję zabezpieczającą i kompensacyjną. Wadium stanowi bowiem ważki instrument służący zabezpieczeniu interesów finansowych Zamawiającego przed nierzetelnością wykonawcy, która może przejawiać się nie tylko w uchylaniu się od zawarcia umowy, ale także w działaniach czy zaniechaniach wpływających na przebieg postępowania określonych w art. 46 ust. 4a p.z.p. (…). Wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmować musi swoim zakresem nie tylko sam fakt ustanowienia wadium, ale także (jeżeli jego wniesienie następuje w formie poręczenia lub gwarancji) złożenie dokumentu potwierdzającego, że wadium zostało faktycznie ustanowione".

Biorąc powyższe pod uwagę, odrzucenie oferty Odwołującego było w niniejszym postępowaniu w pełni zasadne.

Ad 3 – zarzut dot. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum złożonej (zdaniem Odwołującego) w warunkach czynu (czynów) nieuczciwej konkurencji;

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający stwierdza, że nie są mu znane żadne okoliczności, które pozwalałyby na potraktowanie czynności złożenia oferty przez zwycięskie Konsorcjum jako czynu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim, wszelkie zawarte w odwołaniu sugestie co do tego, że członkowie konsorcjum dzięki świadczeniu usług na rzecz Zamawiającego z ramienia Wykonawcy mogli uzyskać przewagę nad Odwołującym w przedmiotowym Postępowaniu – upadają wobec faktu, że członkowie konsorcjum złożyli

ofertę mniej korzystną cenowo od Odwołującego. Już choćby z tego tylko względu zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie miały żadnego wpływu na wynik Postępowania i nie powinny zostać uwzględnione. W ocenie Zamawiającego prezentowane zarzuty stanowią subiektywną wersję zdarzeń przedstawioną przez Odwołującego się, związaną z przebiegiem zdarzeń poprzedzających złożenie oferty i nie popartą obiektywnymi dowodami oraz twierdzeniami pozwalającymi na ich obiektywną weryfikację.

Odwołujący się w żaden sposób nie sprostał wymogom wynikającym z rozkładu ciężaru dowodu.

Ad 4 i 6 – zarzut dot. uznania spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW) za pomocą dołączonego do oferty Konsorcjum Wykazu Usług, w którym powołano się na doświadczenie r. pr. Agaty Pietraszewskiej oraz zarzut akceptacji przez Zamawiającego dołączonego do oferty Konsorcjum, oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp;

Zgodnie z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p.:

> „3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
>
> 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy".

Na gruncie tego przepisu w piśmiennictwie podnosi się, że: „Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. wprowadzają warunek polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka konsorcjum w realizację odpowiedniej części zamówienia, z którą wiąże się jednocześnie obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia" (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 117).

Zgodnie z opinią prawną UZP: „Oświadczenie to, służy ustaleniu przez zamawiającego sposobu przez wykonawców, którzy zdecydowali się na wspólne złożenie oferty w postępowaniu, w okolicznościach w których przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wykonawcy działający wspólnie wykonali osobiście tę część zamówienia, w odniesieniu do której

wykazują wymagane przez zamawiającego zdolności lub uprawnienia" (Opinia pt. „Obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy p.z.p. przez wspólników spółki cywilnej", dostęp: 08.11.2023 r.).

Wymóg wskazania w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 p.z.p. tej części zamówienia, którą wykona osobiście wykonawca, na którego zdolnościach opiera się konsorcjum – dotyczy więc sytuacji, w której istnieje określona część zamówienia do realizacji której Zamawiający wymagał określonych zdolności.

Tymczasem, w zamówieniu, którego dotyczy niniejsze Postępowanie – nie wyróżniono osobnych części zamówienia. W szczególności nie wyróżniono w nim części zamówienia w postaci np. doradztwa z zakresu zamówień publicznych. Zamawiana usługa ma tu charakter kompleksowy.

Jak stanowi § 1 projektowanych postanowień umowy:

„Przedmiotem umowy jest obsługa prawna Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddziału w Rzeszowie tj. Pionu ZI, Wydziału Finansowo-Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych". Zatem, inaczej niż w poprzednich umowach na obsługę prawną zawieranych przez Zamawiającego, nie występuje tu podział na zadanie nr 1 (obsługa prawna Pionu Inwestycji) i zadanie nr 2 (obsługa Wydziału Zamówień Publicznych).

Ponadto, należy już teraz zaznaczyć, że „zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych" pojawiają się w działalności wielu jednostek organizacyjnych GDDKIA O/Rzeszów, a z największą intensywnością tak w działalności Wydziału Zamówień Publicznych, jak i działalności Pionu Inwestycji (w skład tego Pionu wchodzą jednostki organizacyjne podległe Zastępcy Dyrektora Oddziału ds. Inwestycji, w tym Wydział Monitorowania Inwestycji Drogowych (I-4) oraz Zespoły Kierowników Projektów (KP-…).

Dowód:

1. Umowa z dnia 02.01.2017 r. nr 2413.45.2016;

2. Umowa z dnia 03.12.2020 r. nr 2413.25.2020;

Niezależnie od powyższego, należy podnieść, że wskazany w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 p.z.p. podział zadań pomiędzy członków konsorcjum może być różny, w zależności od charakteru zamówienia. Podział taki może mieć charakter „jakościowy" tj. jeden rodzaj czynności (np. usług) będzie wykonywany przez pierwszego członka konsorcjum, a inny

rodzaj czynności przez drugiego. Możliwy jest również podział „ilościowy" zakładający, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywać wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia, a rozdzieleniu między wykonawców ulega jedynie ilość czynności (usług) bez względu na ich rodzaj. W każdym przypadku oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p. ma Zamawiającemu dawać wyobrażenie o tym, jaki zakres zamówienia będą wykonywali poszczególni wykonawcy, a zwłaszcza, czy dany wykonawca, na którego zdolnościach opiera się konsorcjum – będzie wykonywał wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia, czy też jedynie określoną część tego zamówienia (określony rodzaj czynności). W przypadku wykonywania przez takiego wykonawcę jedynie określonej części zamówienia (określonego rodzaju czynności) – oświadczenie złożone na podstawie art. 117 ust. 4 p.z.p. stanowi dla Zamawiającego narzędzie do weryfikacji spełniania wymogu z art. 117 ust. 3 p.z.p. tj. weryfikacji, czy wykonawca, na którego zdolnościach opiera się konsorcjum będzie wykonywał tę część zamówienia, do realizacji której zdolności te są wymagane.

Natomiast, w sytuacji, w której z oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. wynika, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (także ten, na którego zdolności opierało się konsorcjum wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu) będzie wykonywać wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia – siłą rzeczy spełniony jest wymóg z art. 117 ust. 3 gdyż wykonawca taki będzie oczywiście wykonywać także czynności, do realizacji których wymagane są jego zdolności.

Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, w którym Konsorcjum Wykonawców: A. P. i S. M. do oferty dołączyli oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., w którym każdy z wykonawców wskazał, że będzie wykonywał całość zamówienia tj. wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia, a podział zadań między wykonawców ma charakter „ilościowy" tj. wykonawca A. P. wykona usługi świadczone przez 3 radców prawnych, a S. M. wykona usługi świadczone przez 1 radcę.

Dowód: Oświadczenie wykonawców: A. P. i S. M. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy p.z.p. (Formularz 3.3. – stanowiący załącznik do Oferty);

Skoro zaś zamówienie, którego dotyczy niniejsze postępowanie obejmuje także obsługę prawną w zagadnieniach z dziedziny prawa zamówień publicznych – nie ulega wątpliwości, że także i w tym zakresie zamówienie będzie realizowane przez A. P., na której doświadczeniu w

zakresie tych zagadnień konsorcjum polegało wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym, w pełni zrealizowany jest tutaj cel regulacji art. 117 p.z.p. tj. rzeczywiste wykorzystanie zdolności członka konsorcjum do realizacji zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że A. P. nabyła wymagane doświadczenie w „świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów obejmujące (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych" - warunek określony w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW – obsługujący Pion Inwestycji GDDKiA

O/Rzeszów i doświadczenie to planuje wykorzystywać w dalszym ciągu świadcząc na rzecz tego Pionu „kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów obejmujące (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych". Tym samym, doświadczenie Wykonawcy ma zostać w pełni wykorzystane do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do określonego w pkt. 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia w „świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów obejmujące (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych" – należy podnieść, że „zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych" pojawiają się w działalności wielu jednostek organizacyjnych GDDKIA O/Rzeszów. W GDDKIA O/Rzeszów doradztwo prawne obejmujące „zagadnienia z dziedziny prawa zamówień publicznych" świadczone jest więc tak przez radców obsługujących Wydział Zamówień Publicznych, jak i Pion Inwestycji.

Jednakże, określony w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW warunek doświadczenia wymaga „świadczenia kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów".

W tym kontekście należy stwierdzić, że tylko w przypadku radców obsługujących Pion Inwestycji GDDKIA O/Rzeszów możemy mówić o „świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów obejmującego (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych". Cytowany warunek wyraźnie bowiem odnosi się do doradztwa prawnego świadczonego na etapie realizacji kontraktu. Za ten etap odpowiada właśnie Pion Inwestycji GDDKIA O/Rzeszów, a zwłaszcza Wydział Monitorowania Inwestycji Drogowych (I-4) oraz Zespoły Kierowników Projektów (KP-…). Natomiast, Wydział Zamówień Publicznych zajmuje się zagadnieniami z dziedziny prawa zamówień publicznych głównie na etapie poprzedzającym etap realizacji kontraktu.

Radcy obsługujący Pion Inwestycji (w tym Wykonawca: A. P.) zajmowali się m.in. następującymi „zagadnieniami z dziedziny prawa zamówień publicznych": opiniowanie dopuszczalności zmian zawartych umów w sprawach zamówień publicznych (aneksy terminowe, wartościowe, zamówienia dodatkowe) w świetle p.z.p. i opracowywanie projektów aneksów do tych umów, opiniowanie umów podwykonawczych, opiniowania zasadności płatności solidarnych i bezpośrednich na rzecz podwykonawców, weryfikacja przedkładanych przez Wykonawców zabezpieczeń należytego wykonania umów w świetle przepisów p.z.p. Istotną częścią obowiązków radców obsługujących Pion Inwestycji jest też konsultowanie treści odpowiedzi na pytania Wykonawców w postępowaniach przetargowych.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że obsługa prawna Pionu Inwestycji w zakresie wykonywanym przez r.pr. A. P. od 02.01.2017 r. do chwili obecnej niewątpliwie prowadzi do nabycia doświadczenia zawodowego w realizacji usługi polegającej na „świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów obejmującego (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych", co stanowi warunek określony w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że treścią ww. warunku jest świadczenie doradztwa prawnego obejmującego „zagadnienia" z dziedziny prawa zamówień publicznych. Nie wymaga się tu doradztwa obejmującego każdy etap stosowania przepisów p.z.p. przez Zamawiającego, a taki, nieistniejący wymóg zdaje się próbować prowadzić Odwołujący.

W tym kontekście, podnoszony przez Odwołującego fakt, że r.pr. A. P. świadcząc obsługę prawną w ramach umowy z dnia 02.01.2017 r. nr 2413.45.2016 oraz umowy z dnia 03.12.2020 r. nr 2413.25.2020 nie reprezentowała Zamawiającego w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą – w żaden sposób nie wyklucza spełniania przez nią opisanego wyżej wymogu doświadczenia zawodowego w sytuacji gdy zajmowała się ona innymi zagadnieniami z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych" (na marginesie należy wskazać, że Odwołujący na str. 14 i 22 Odwołania nieprawdziwie wskazuje, że w realizację części II umów zawartych pomiędzy nim, a Zamawiającym – zaangażowana była r.pr. J. L.).

Analizowany warunek dotyczący zdolności zawodowej Wykonawcy nie zawiera także wymogu, by świadczenie obsługi prawnej przy którym zdobywano wiedzę i doświadczenie odbywało się na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z Zamawiającym, który to nieistniejący wymóg także usiłuje wprowadzić Odwołujący.

Ad 5 – zarzut dot. akceptacji przez Zamawiającego złożenia przez Konsorcjum oświadczenia własnego r. pr. A. P. zgodnie z którym wykonała należycie usługi wskazane w złożonym przez Konsorcjum Wykazie usług;

Także i ten zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca: r.pr. A. P. zwróciła się do Odwołującego o wydanie referencji określających czy wskazane w przedłożonym przez nią Wykazie usługi wykonane zostały należycie, na co nie otrzymała odpowiedzi. Stanowiło to wystarczającą przesłankę do przyjęcia, że „wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów" i skorzystania z oświadczenia własnego wykonawcy zgodnie z z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Taki sposób postępowania potwierdza następczo treść odwołania, z którego wynika, że Odwołujący nie miał zamiaru wydać ww. referencji Wykonawcy.

Co istotne, zgodnie z art. 127 ust 2 ustawy Pzp Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Analogiczne postanowienie zawarte jest w pkt 10.12 IDW. W niniejszym Postępowaniu Konsorcjum przekazując Wykaz Usług za pismem z dnia 13.10.2023 r. (złożonym w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp) – wskazało też, że Zamawiający w ramach realizacji umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. nr 2413.45.2016 oraz umowy z dnia 3 grudnia 2020 r. nr 2413.25.2020 (dwie usługi wykazane w Wykazie Usług) -jest w posiadaniu miesięcznych raportów wykonania umowy, list obecności, dokumentów rozliczeniowych itp., potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie objętych wykazem usług.

Rzeczywiście, z racji tego, że Wykonawca: r.pr. A. P. osobiście świadczyła obsługę prawną na rzecz Zamawiającego w ramach usług wskazanych w Wykazie Usług – Zamawiający ma pełną wiedzę na temat zakresu i prawidłowości wykonania tych usług. Wiedza ta pozwoliła Zamawiającemu zaakceptować jako prawdziwe oświadczenie Wykonawcy o należytym wykonaniu wykazanych przez niego usług. Tym samym treść Wykazu Usług przedłożonego przez Wykonawcę była wystarczająca do potwierdzenia spełniania warunku w zakresie zdolności zawodowej dotyczącego Wykonawcy (Konsorcjum).

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 18 września 2023 r. pod nr 2023/BZP 00400519/01.

W dniu 30 października 2023 r. wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechania Zamawiającego tj.:

1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) czynności nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A. P. – LIDER (Zaczernie 890A 36-062 Zaczernie) i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego S. M. – PARTNER (ul. Lucjana Siemieńskiego 22/150 35-234 Rzeszów), zwanych dalej łącznie „Konsorcjum" i:

a) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum,

b) uznanie, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wykonawcy oraz zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci Wykazu usług i oświadczenia składanego w trybie przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, w której Odwołujący przekazał

Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert oryginał gwarancji

ubezpieczeniowej w postaci elektronicznej, a brak podpisu elektronicznego na dokumencie gwarancji jaki otrzymał Zamawiający po przesłaniu tego dokumentu przez platformę zakupową, nie jest okolicznością zależną od Odwołującego i jednocześnie, gwarancja ubezpieczeniowa jaką pozyskał Odwołujący zabezpiecza w całości zapłatę przez gwaranta na rzecz Zamawiającego należności tytułem wadium w wypadku ziszczenia się wobec Odwołującego ku temu przesłanek przepisanych ustawą Pzp oraz została wydana w formie elektronicznej (zawiera kwalifikowany podpis elektroniczny osoby uprawnionej do reprezentacji gwaranta)

ewentualnie

2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „uznk" w związku z art. 50, 26, 6, 11 ust. 1 i art. 13 Załącznika do uchwały Nr 884/XI/2023 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 7 lutego 2023 r w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, zwanej dalej „KERP", w związku z art. 72 ust. 2 k.c. wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji w której, oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu (czynów) nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, polegających na:

a) naruszeniu istotnych interesów gospodarczych Odwołującego przez członków Konsorcjum wyrażającym się w utrzymywaniu Odwołującego co najmniej do dnia 28 września 2023 r. w mylnym przekonaniu, że dotychczasowa współpraca z r. pr. A. P., r. pr. S. M., r. pr. I. H. i r. pr. K. F. – w przypadku uzyskania zamówienia przez Odwołującego -będzie kontynuowana w ramach kolejnego zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego przez Odwołującego i na potrzeby złożenia oferty w Postępowaniu, przy jednoczesnym ukrywaniu braku takiego zamiaru i przygotowywaniu w tajemnicy konkurencyjnej oferty,

b) negocjowaniu w złej wierze (wbrew obowiązkowi płynącemu z interpretowanego a contrario art. 72 ust. 2 kc) przez członków Konsorcjum warunków współpracy, w szczególności wysokości wynagrodzenia za współpracę, z Odwołującym w ramach obsługi prawnej Zamawiającego, bez następczego zamiaru podjęcia takiej współpracy, ale wręcz przeciwnie - z zamiarem utrzymywania Odwołującego jak najdłużej w mylnym przekonaniu, w pierwszej kolejności, że Strony kontynuować będą dotychczasową współpracę, później, że członkowie Konsorcjum nie są zainteresowani świadczeniem pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego oraz uzyskaniu jak najpełniejszych

informacji o ofercie Odwołującego jaką zamierzał złożyć w Postępowaniu,

c) niezgodnym z zasadami etyki zawodowej radców prawnych i z dobrymi obyczajami nieuczciwym przygotowaniu i podjęciu działań zmierzających bezpośrednio do pozbawienia Odwołującego klienta w postaci Zamawiającego, co odbyło się w szczególności z naruszeniem zasady lojalności i koleżeństwa, do zachowania których członkowie Konsorcjum są zobowiązani,

d) nielicującym z zasadą uczciwości i dbałości o godność zawodu radcy prawnego, do zachowania których zobowiązuje radców prawnych art. 6 i art. 11 KERP oraz niezgodnym z dobrymi obyczajami działaniu członków Konsorcjum jako radców prawnych na szkodę finansową i wizerunkową ich dotychczasowego partnera biznesowego tj. Odwołującego, z którym na czas dopuszczenia się deliktów nieuczciwej konkurencji pozostawali we ścisłej współpracy biznesowej,

e) niezgodnym z art. 26 KERP, dobrymi obyczajami oraz zasadami współżycia społecznego, w tym z zasadą uczciwości kupieckiej wykorzystaniu do celu złożenia oferty w Postępowaniu przez Konsorcjum nieuzasadnionej przewagi, którą dawała im dotychczasowa i bieżąca współpraca z Odwołującym, w postaci wiedzy o sprawach Zamawiającego i specyfice funkcjonowania tego podmiotu, a także o ofercie przygotowywanej przez Odwołującego na potrzeby Postępowania;

f) niezgodnym z art. 50 KERP podejmowaniem czynności zmierzających do pozbawienia innego radcy prawnego dotychczasowego jego klienta, pomimo, iż członkowie Konsorcjum jako radcowie prawni mają w świetle zasad etyki radcowskiej obowiązek zaniechać wszelkich czynności, które dawałyby im nieuzasadnioną przewagę i prowadziły do pozbawienia innego radcy prawnego obsługi dotychczasowego klienta, w szczególności, że zamiar złożenia konkurencyjnej wobec Odwołującego oferty został zatajony wobec pozornego prowadzenia rozmów i zobowiązywania się w przedmiocie dalszej współpracy przy realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego,

g) nakłonieniu przez członków Konsorcjum r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F. do zaprzestania w przyszłości świadczenia przez nie w ramach współpracy z Odwołującym świadczenia pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego, co skutkowało osłabieniem zasobów kadrowych Odwołującego z których ten zamierzał skorzystać w celu złożenia oferty w Postępowaniu (przy wyrażanej aprobacie przez r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F.) na krótko przed upływem terminu składania ofert oraz przy jednoczesnym przejęciu tych zasobów kadrowych przez Konsorcjum na potrzeby złożenia konkurencyjnej wobec Odwołującego oferty w Postępowaniu;

4) art. 116 ust. 1 w zw. z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, wyrażające się w uznaniu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW) za pomocą powołania się na doświadczenie r. pr. A. P.

prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A. P., w związku z udziałem w realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego w ramach umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr 2413.45.2016) oraz z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.20220), w sytuacji, w której:

a) r. pr. A. P. nie była stroną tych umów, a jedynie jedną z osób jakie do realizacji tych umów skierował Odwołujący (będący stroną i wykonawcą tych umów) jako swój zasób własny i tym samym nie nabyła ona doświadczenia polegającego na świadczeniu usług wymaganych warunkiem udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW

a nawet gdyby uznać, że r. pr. A. P. mogłaby powołać się skutecznie na doświadczenie związane z udziałem w realizacji wspomnianych umów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW:

b) r. pr. A. P. nie była skierowana do realizacji tych umów w zakresie doradztwa prawnego obejmującego prawo zamówień publicznych i jej doświadczenie nie opiewa na kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów w rozumieniu warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW

- a co za tym idzie, wyrażające się w błędnym przyjęciu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW za pomocą złożonego Wykazu usług i zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia Wykazu usług;

5) § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) wyrażające się w akceptacji przez Zamawiającego złożenia przez Konsorcjum oświadczenia własnego r. pr. A. P. zgodnie z którym wykonała należycie usługi wskazane w złożonym przez Konsorcjum Wykazie usług, w sytuacji w której brak możliwości pozyskania przez konsorcjum właściwych dokumentów nie jest spowodowany przyczynami niezależnymi od Konsorcjum, a faktem, że:

a) r. pr. A. P. nie realizowała wskazanych w Wykazie usług samodzielnie jako wykonawca, a wyłącznie jako jedna z osób skierowanych do realizacji referencyjnych zamówień przez Odwołującego,

b) niezgłoszenie się przez r. pr. A. P. do Odwołującego o wydanie wspomnianych dokumentów referencyjnych we właściwym czasie podyktowane było zamiarem nieinformowania o przygotowaniach do złożenia oferty konkurencyjnej przez Konsorcjum wobec Odwołującego, co wpisuje się w naruszenie dobrych obyczajów będących podstawą do stwierdzenia złożenia oferty przez Konsorcjum w ramach czynu nieuczciwej konkurencji

- a wystąpienie przez r. pr. A. P. o wydanie referencji przez Odwołującego po upływie terminu składania ofert miało wyłącznie charakter pozorny i mający na celu dążenie do niezasadnego powołania się na opisany wyżej wyjątek wobec faktu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, co nie może legitymizować tego rodzaju, nieuczciwych praktyk;

6) art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wyrażające się w uznaniu, że Konsorcjum polega na zdolnościach tego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (tj. r. pr. A. P.) w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu uregulowanego w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW, który wykona usługi do realizacji których te zdolności są wymagane, w sytuacji w której ze złożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, nie wynika jaki zakresu usługi wykona r. pr. A. P., a tym samym z oświadczenia tego nie wynika, że wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, na którego doświadczenie Konsorcjum się powołuje, wykona usługi do realizacji których to doświadczenie jest wymagane, a co za tym idzie, wyrażające się w błędnym przyjęciu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu o którym mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW i zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołalnie z dnia 10 listopada 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. P., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. P. w Zaczerniu oraz S. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego S. M. w Rzeszowie.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w

Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy PZP, Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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. W szczególności zamawiający może wymagać, aby

wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy PZP:

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 12 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodzenia przedsiębiorcy.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji

postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 1 znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, w której Odwołujący przekazał Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert oryginał gwarancji ubezpieczeniowej w postaci elektronicznej, a brak podpisu elektronicznego na dokumencie gwarancji jaki otrzymał Zamawiający po przesłaniu tego dokumentu przez platformę zakupową, nie jest okolicznością zależną od Odwołującego i jednocześnie, gwarancja ubezpieczeniowa jaką pozyskał Odwołujący zabezpiecza w całości zapłatę przez gwaranta na rzecz Zamawiającego należności tytułem wadium w wypadku ziszczenia się wobec Odwołującego ku temu przesłanek przepisanych ustawą Pzp oraz została wydana w formie elektronicznej (zawiera kwalifikowany podpis elektroniczny osoby uprawnionej do reprezentacji gwaranta), jest zdaniem Izby zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w z kolei w myśl art. 97 ust. 10 ustawy PZP, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Tożsame postanowienie znalazło się w pkt 18.3 IDW, zgodnie z którym, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej, czy też w pkt 16.6 ppkt 4 IDW, Wraz z Ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy: oryginał gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądz, z uwzględnieniem postanowień pkt 18.3. IDW.

Izba zważa, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 25.10.2023 r. wskazał, iż: „Załączony do oferty dokument gwarancji ubezpieczeniowej Gwarancja Ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998060 108679 z dnia

26.09.2023r. (plik o nazwie

„gwarancja_998060108679_3835829”) stanowi skan (dokument nie zawiera podpisu) wydruku dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej. Dokument ten opatrzony jest

adnotacją, która świadczy o podpisaniu gwarancji podpisem elektronicznym: „Dokument podpisany przez S. C. Data: 2023.09.26 15:06:56”.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, iż w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego mowa jest o pliku o nazwie „gwarancja_998060108679_3835829” a nie o pliku, który wgrał Odwołujący na platformę, tj. plik o nazwie „Gwarancja_998060108679”, co już w ocenie Izby świadczy o braku tożsamości pliku. Twierdzenia Zamawiającego jakoby rozszerzenie „3835829” to wynik paczki, nie zostało w żaden sposób udowodnione ani nawet uprawdopodobnione na rozprawie.

Niezależnie od powyższego, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że w niniejszej sprawie, Odwołujący stwierdził, iż wgrał plik pdf „Gwarancja_998060108679” z podpisem kwalifikowanym, który następnie musiał zostać przekształcony po jego wgraniu na platformę zakupową.

Izba konfrontując dowód wniesiony przez Zamawiającego w postaci wydruku e-mail z dnia 31.10.2023 r., z którego wynika, iż platforma zakupowa „w żaden sposób nie ingeruje w zawartość ani treść przesyłanych załączników”, a potwierdzeniem tej okoliczności jest tożsamość sumy kontrolnej pliku wgrywanego z aktualną sumą kontrolną pliku, tj. „Suma kontrolna jest to dana, dzięki której możemy potwierdzić oryginalność pliku. Gdy w pliku nanoszona jest zmiana, to jego suma kontrolna automatycznie ulega zmianie” z dowodami Odwołującego w postaci raportu z weryfikacji podpisu, polisy ubezpieczeniowej nr 998060 108679 oraz oświadczenia przedstawiciela towarzystwa ubezpieczeniowego UNIQA TU S.A. z dnia 2.11.2023 r., Izba doszła do przekonania, iż plik, który otrzymał Zamawiający został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 26 września 2023 r. o godzinie 15:06:56, co jednoznacznie stwierdza status weryfikacji: pozytywny, jak również z wiadomości e-mail przesłanej do Odwołującego wynika, iż w dniu 26.09.2023 r. o godz. 15.08 została przesłana gwarancja wadialna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz polisa ubezpieczeniowa także opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba zważa, że rację ma Odwołujący, iż „weryfikacja i walidacja to 2 różne czynności”. Izba wskazuje, iż walidacja oznacza proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci (art. 3 pkt 41 rozporządzenia eIDAS). Zgodnie z rozporządzeniem istnieją dwie formy walidacji podpisów elektronicznych: usługa walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych (art. 32 rozporządzenia eIDAS) i kwalifikowana usługa walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych (art. 33 rozporządzenia eIDAS). Tym samym weryfikacja podpisu elektronicznego może być traktowana jako część procesu walidacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż w przedmiotowym postępowaniu platforma Zamawiającego nie jest wyposażona w mechanizm walidacji przesyłanych plików, co potwierdza dowód Odwołującego w postaci ekspertyzy z dnia 13 listopada 2023 r., z którego jednoznacznie wynika, iż „platforma nie była wyposażona w mechanizmy walidacji przesyłanych plików opatrzonych podpisem cyfrowym oraz nie posiadała mechanizmów Urzędowego Poświadczenia Przedłożenia, na podstawie których Oferent otrzymałby informację, o poprawności przekazanego dokumentu lub poprzez użycie innych technologii potwierdzających integralność przesłanego pliku”.

Nadto stwierdzenie Zamawiającego na rozprawie, iż „wrzucił plik do innych programów dostępnych na rynku i żaden z nich nie pokazał, że ten plik został podpisany” jest stwierdzeniem gołosłownym, ponieważ Zamawiający nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie mogło dojść do błędu serwera lub błędu transmisji danych na serwer w wyniku, którego plik pdf „Gwarancja_998060108679” został pozbawiony podpisu cyfrowego.

Izba odniesie się jeszcze do jednej okoliczności w przedmiotowej sprawie, iż słowa „Signature Not Verified” oznacza „podpis niezweryfikowany”, co mogło być przyczyną, iż platforma Zamawiającego nie odczytała tego pliku jako posiadającego kwalifikowany podpis elektroniczny, jednakże co istotne z raportu weryfikacji podpisu, jak już Izba powyżej zważyła, podpis został poprawnie zweryfikowany certyfikatem kwalifikowanym (znacznik czasu jest taki sam zarówno przy gwarancji ubezpieczeniowej, jak również przy raporcie z weryfikacji podpisu).

Nadto nie można tracić z pola widzenia tego, iż złożona gwarancja zabezpieczała interesy Zmawiającego, o czym świadczy § 2 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Tym samym Izba nie zgadza się z Zamawiającym, iż Zamawiającemu nie dawał „żadnej gwarancji, że oferta Odwołującego jest prawidłowo zabezpieczona i że Zamawiający będzie mógł skutecznie dochodzić zapłaty wadium od gwaranta w przypadku ziszczenia się ku temu podstaw”

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego w ocenie Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia powyższego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Odwołujący wgrał oryginał gwarancji ubezpieczeniowej na platformę Zamawiającego i tym samym w ocenie Izby zarzut nr 1 jest zasadny.

Jednocześnie Izba nie odnosiła się do zarzutu nr 2, który był zarzutem ewentualnym.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „uznk" w związku z art. 50, 26, 6, 11 ust. 1 i art. 13 Załącznika do uchwały Nr 884/XI/2023 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 7 lutego 2023 r w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, zwanej dalej „KERP", w związku z art. 72 ust. 2 k.c. wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji w której, oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu (czynów) nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, z kolei w myśl

art. 12 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodzenia przedsiębiorcy.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, co jest bezsporne w przedmiotowej sprawie, iż członkowie Konsorcjum oraz r.pr. I. H. i r.pr. K. F. realizowali (i nadal realizują) obsługę prawną Zamawiającego w ramach następujących po sobie kontraktów zawieranych przez Odwołującego z Zamawiającym (aktualnie ma to miejsce na podstawie umowy zawartej w dniu 3 grudnia 2020 r. nr 2413.25.2020), jak również to, iż przed ogłoszeniem przez Zamawiającego przetargu Odwołujący reprezentowany przez r.pr. D. Ć. i r.pr. W. S. z jednej strony oraz r.pr. A. P., r.pr. S. M., r.pr. I. H. i r.pr. K. F. z drugiej strony, latem 2023 r. podjęły rozmowę w wyniku, której zadeklarowały wstępnie chęć kontynuowania współpracy przy realizacji przyszłego zamówienia.

Izba zważa, że ww. rozmowa odbyła się przed ogłoszeniem przetargu przez Zamawiającego (okoliczność bezsporna) i miała charakter ogólnej deklaracji, która nie zakończyła się w postaci jakichkolwiek konkretnych ustaleń czy wiążących uzgodnień, w szczególności co do wynagrodzenia jakie miałoby zostać zapłacone każdemu z radców prawnych za świadczenie obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego, a które to stanowi essentialia negotti warunków wzajemnej współpracy w postaci wysokości wynagrodzenia należnego każdej z w/w osób.

Następnie, Izba wskazuje, że Przystępujący, po ogłoszeniu przetargu przez Zamawiającego, wraz z r.pr. I. H. i r.pr. K. F. rozpoczęli negocjacje z Odwołującym przedstawiając Odwołującemu w dniach 25 września 2023 r. i 28 września 2023 r. swoje oczekiwania co do wynagrodzenia za wykonywanie obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego w latach 20242027, przy czym co istotne Odwołujący podczas rozmowy w dniu 28 września 2023 r. złożył w/w radcom prawnym propozycję wynagrodzenia niższą niż przez nich oczekiwana.

W wyniku powyższego, Przystępujący oraz r.pr. I. H. i r.pr. K. F. oświadczyli, iż nie wyrażają zgody na świadczenie obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego na warunkach finansowych mniej korzystnych niż przez nich zaproponowane przy jednoczesnym założeniu, że wartość złożonej w przetargu oferty nie przekroczy o więcej niż 10% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego w planie zamówień publicznych na realizację tego zamówienia (okoliczność bezsporna), co skutkowało również tym, iż Odwołujący oświadczył, iż na warunki udziału w realizacji zamówienia postawione przez r.pr. A. P., r.pr. S. M., r.pr. I. H. i r.pr. K. F. nie wyrażają zgody, oceniając postawione w dniu 28 września 2023r. warunki finansowe jako „nierealne".

Izba zważa, że Przystępujący na rozprawie wskazał na stawkę 110 zł za godzinę, o czym świadczą słowa: „W dniu 28 września 2023 obniżyliśmy naszą stawkę. Zgodziliśmy się na 165%, a odwołujący wyraził zgodę na 150%. Ostatecznie zgodziliśmy się na 110 zł za godzinę", w ocenie Izby stawka zaproponowana przez Przystępującego nie była wygórowana, zwłaszcza, że obecnie, jak to oświadczył Przystępujący wynosi ona 65 zł za godzinę, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

Tym samym, zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący oraz r.pr. K. F., r.pr. I. H. stawiali nierealne warunki finansowe nie mają oparcia w ustalonym stanie faktycznym sprawy.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż rozmowa telefoniczna, która odbyła się w dniu 5.10.2023 r. Odwołującego z r.pr. S. M. nic nie zmieniała w zakresie wynagrodzenia członków

konsorcjum, zaś próby kontaktu z Izabelą Hołub w dniu 6.10.2023 r. nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu, ponieważ Przystępujący w osobach r. pr. A. P. i r.pr S. M. o powyższej próbie kontaktu z Izabelą Hołub w momencie składania oferty w ogóle nie mieli wiedzy.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego na rozprawie, jakoby zakończenie współpracy między Stronami nastąpiło w dniu 5.10.2023 r. (dzień przed otwarciem ofert), a nie w dniu 28.09.2023 r., ponieważ z treści odwołania na str. 16 jednoznacznie wynika, iż: „Podczas rozmowy prowadzonej przez r. pr. S. M. z r. pr. W. S. w dniu 5 października 2023 r., r. pr. S. M. ponownie oświadczył, iż nie zmienia swojej decyzji o braku woli udziału w świadczeniu pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego i o rozpoczęciu szukania nowego zatrudnienia".

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący i Przystępujący nie doszli do porozumienia co do istotnych warunków umowy, a to w wyniku jednoznacznego braku wyrażenia przez Odwołującego zgody w dniu 28 września 2023 r. na zaproponowane warunki wynagrodzenia, co skutkowało tym, iż r.pr. A. P., r.pr. S. M. (członkowie Konsorcjum), r.pr. I. H. i r.pr. K. F. mieli pełne prawo, aby podjąć samodzielne działania w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto Izba nie dopatrzyła się w działaniach Przystępującego utrzymywania Odwołującego w mylnym przekonaniu o zamiarze wspólnego z Odwołującym uczestniczenia w realizacji zamówienia, zwłaszcza, że jak sam Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że: „Przed upływem terminu składania ofert, r. pr. A. P. i r. pr. S. M. postawili na swoją rzecz warunki finansowe pod którymi wyrażają zgodę na wskazanie ich w ofercie Kancelarii Ć. oraz oświadczyli, że bez ich spełnienia (przy jednoczesnym wpisaniu się ceny oferty w kwotę wynikającą z planu zamówień publicznych powiększoną max. 10%) nie zamierzają brać udziału w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. Wówczas, deklaracje braku woli udziału w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, złożyły też r. pr. I. H. oraz r. pr. K. F.”.

Poza tym stwierdzenie Odwołującego, iż członkowie Konsorcjum w dniu 2 października 2023 r. „generowali i uzyskiwali dokumenty niezbędne do odrębnego przygotowania i złożenia oferty w formie elektronicznej” nie powoduje w ocenie Izby, że Przystępujący działał w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ czynność ta została podjęta po dniu 28 września 2023 r., w związku z brakiem akceptacji warunków finansowych postawionych przez członków Konsorcjum oraz r.pr. I. H. i r.pr. K. F. .

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż celem zakazu nieuczciwej konkurencji sformułowanego w klauzuli generalnej, tj. art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest eliminacja wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażających interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszających go, przy czym Odwołujący nie wskazał żadnych innych (poza Kodeksem Etyki Radcy Prawnego) norm moralnych czy obyczajowych, z których wynikałaby powinność, a wręcz obowiązek poinformowania przez członków Konsorcjum Odwołującego o zamiarze złożenia własnej oferty w przetargu, zwłaszcza jak słusznie zauważył Przystępujący w piśmie procesowym: „Tego rodzaju działanie może być wręcz postrzegane i oceniane w kategoriach tzw. zmowy przetargowej’.

W ocenie Izby nie sposób powyższej powinności wywieść z samego tylko faktu dotychczasowej współpracy Odwołującego z Przystępującym (tj. r.pr. A. P., r.pr. S. M.) oraz r.pr. I. H. oraz r.pr. K. F. w ramach umów na obsługę prawną Zamawiającego zawartych przez Odwołującego w latach poprzednich, tym bardziej, że pomiędzy Stronami nigdy nie została zawarta umowa zakazująca podejmowania działalności konkurencyjnej, w tym uczestniczenia w przetargach, mających za przedmiot zamówienia obsługę prawną Zamawiającego, co potwierdził również sam Odwołujący na rozprawie.

Izba zważa, że sam fakt, iż Odwołujący określił r.pr. I. H. i r.pr. K. F. jako swoje „dotychczasowe zasoby osobowe” w ocenie Izby nie uprawniał go do zakładania, iż osoby te stanowić mają również jego „zasoby” dla potrzeb realizacji obsługi prawnej Zamawiającego w latach 2024-2027, ponieważ, jak sam wskazuje Odwołujący w odwołaniu: „przed terminem składania ofert oświadczyły one jednoznacznie, że nie zamierzają brać udziału w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego na warunkach innych niż przez nie sprecyzowane”. Tym samym zdaniem Izby nie może być mowy o jakimkolwiek nakłanianiu czy manipulacji ze strony Przystępującego.

Z kolei twierdzenia Odwołującego jakoby podczas negocjacji Konsorcjum uzyskało informacje o ofercie Odwołującego, jaką zamierzał złożyć w postępowaniu, co dawało przewagę konkurencyjną Przystępującemu, jest zdaniem Izby niewiarygodne, ponieważ po pierwsze w toku prowadzonych negocjacji Odwołujący nigdy nie ujawnił członkom Konsorcjum ani r.pr. I. H. i r.pr. K. F. wysokości finalnej ceny ofertowej jaką zamierza zaoferować w postępowaniu, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym, a Odwołujący powyższemu nie zaprzeczył na rozprawie, a po drugie Przystępujący złożył ofertę mniej korzystną cenowo od Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, w zakresie wskazanych przez Odwołującego naruszeń przepisów Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, biorąc pod uwagę dotychczas rozważania Izby, Izba doszła do przekonania, iż nie została naruszona ani zasada koleżeństwa ani zasada lojalności, a udział Przystępującego w otwartym przetargu ogłoszonym przez Zamawiającego stanowi w ocenie Izby zgodną z KERP formę pozyskiwania klienta. Nie zmienia powyższego również złożona przez Odwołującego opinia prawna z dnia 10 listopada 2023 r., ponieważ jak słusznie zauważył Przystępujący na rozprawie stanowi ona wyłącznie stanowisko Odwołującego: „Opinia jest prywatnym dowodem odwołującego”. Poza tym, Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 52 ust. 2 KERP, Radca prawny może złożyć związane z wykonywaniem zawodu zawiadomienie dotyczące innego radcy prawnego wyłącznie do właściwego organu samorządu.

Tym samym zarzut nr 3 w ocenie Izby jest niezasadny.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 116 ust. 1 w zw. z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, wyrażające się w uznaniu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (z rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW) za pomocą powołania się na doświadczenie r. pr. A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A. P., w związku z udziałem w realizacji pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego w ramach umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr 2413.45.2016) oraz z dnia 3 grudnia 2020 r. (2413.25.20220), jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że istota sporu dotyczyła tego, czy osoba uczestnicząca bezpośrednio w wykonaniu umowy jako kadra wykonawcy nabyła zdolności zawodowe określone warunkiem w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Przystępujący już w samej ofercie wskazał, że A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. P. wykonywała usługi polegające na świadczeniu obsługi prawnej GDDKiA Oddział w Rzeszowie od września 2013 r. w szczególności pionu ZI (część 1 umowy) - na podstawie umowy zawartej z Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Spółka Partnerska (dawniej Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska), co nie było kwestionowane przez żadną ze Stron postępowania.

Izba zważa, że zgodnie z pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„a) dotyczącej Wykonawcy:

Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który wykaże się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 2 usług polegających na świadczeniu obsługi prawnej na rzecz: a) inwestora inwestycji liniowych, lub b) wykonawców inwestycji liniowych, lub

c) wykonawców umów na nadzór i zarządzanie kontraktem inwestycji liniowych, w ramach których świadczono kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów, obejmujące co najmniej: zagadnienia z dziedziny finansowania inwestycji, prawa cywilnego, prawa budowlanego, administracyjnego, ochrony środowiska, prawa zamówień publicznych. Wymaga się, aby każda z ww. usług do dnia złożenia oferty wykonywana była nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy. Jako jedną usługę Zamawiający rozumie jedną umowę".

Biorąc powyższe postanowienia IDW pod uwagę, Izba zważa, że ww. warunek jednoznacznie odnosi się do wiedzy i doświadczenia w wykonaniu lub wykonywaniu usług polegających na świadczeniu obsługi prawnej polegającej na doradztwie prawnym na etapie realizacji kontraktu, o czym świadczą słowa:„ kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów obejmujące co najmniej: zagadnienia z dziedziny finansowania inwestycji, prawa cywilnego, prawa budowlanego, administracyjnego, ochrony środowiska, prawa zamówień publicznych". Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, który na rozprawie stwierdził, iż warunek ten dotyczy „kompleksowej obsłudze zamówień publicznych".

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, na co wskazywał Zamawiający, iż doradztwo prawne obejmujące „zagadnienia z dziedziny prawa zamówień publicznych" świadczone jest przez radców prawnych zarówno obsługujących Wydział Zamówień Publicznych, jak i Pion ZI (Pion Inwestycji - (Wydział Monitorowania Inwestycji Drogowych), przy czym Wydział Zamówień Publicznych zajmuje się zagadnieniami z dziedziny prawa zamówień publicznych głównie na etapie poprzedzającym etap realizacji kontraktu, co potwierdza zarządzenie nr 3/2019 Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie z dnia 21 stycznia 2019 r. w sprawie wprowadzenia Regulaminu Organizacyjnego Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, w którym to § 6 ust. 2 wynika, iż: „Komorka organizacyjna odpowiada za:

1) przygotowywanie i przeprowadzanie przy współpracy innych komórek organizacyjnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dla których zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych;

2) weryfikowanie wniosków o udzielenie zamówień publicznych pod względem zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych;

3) udział w pracach komisji przetargowych w tym zapewnienie sekretarza w komisjach;

4) opiniowanie wniosków w sprawie realizacji zamówień wyłączonych spod stosowania przepisów – Prawo zamówień publicznych".

Nadto Izba zważa, że z ww. warunku nie wynika, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jakoby świadczenie obsługi prawnej przy którym zdobywano wiedzę i doświadczenie odbywało się na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z Zamawiającym, na które Odwołujący się powołuje, tj. umowa nr 2413.45.2016 z dnia 2 stycznia 2017 r., umowa nr 2413.25.2020 z dnia 3 grudnia 2020 r.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż wiedza i doświadczenie nabywane w trakcie realizacji usług zawsze jest przypisane do konkretnej osoby, czy też grupy osób. W praktyce nabyta wiedza i doświadczenie są nierozerwalnie związane z osobami, które faktycznie wykonywały poszczególne czynności składające się np. na obsługę prawną. Tym samym, zdaniem Izby, oceniając doświadczenie takiej osoby w ramach weryfikacji spełniania warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy brać pod uwagę nie rodzaj stosunku prawnego w ramach którego nabywano doświadczenie, lecz rzeczywisty zakres zdobytego doświadczenia. Nadto Izba zważa, iż sam Odwołujący w ramach toczącego się innego postępowania w piśmie z dnia 16 grudnia 2016 r., w związku z wezwaniem

Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2016 r. w zakresie wyjaśnień dotyczących wykazu osób złożonego wraz z ofertą, wskazywał po pierwsze, iż: „informacje dotyczą czynności wykonywanych na rzecz i zlecenie Zamawiającego i przez osoby znane Zamawiającemu ", a po drugie wyjaśniał zakres świadczenia pomocy prawnej poszczególnych radców prawnych.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba zważa, wbrew twierdzeniom Odwołującego, kompleksowe doradztwo prawne w zakresie realizacji kontraktów w ramach umów wskazanych w wykazie usług było świadczone przez r.pr. Agatę Pietraszewską, jak również przez pozostałych radców prawnych obsługujących pion ZI i obejmowało zagadnienia z dziedziny prawa zamówień publicznych, tj. opiniowanie możliwości zmian zawartych umów (w zakresie zmiany ich wartości, czy terminu wykonania kontraktów), opracowywanie projektów aneksów, weryfikacja przedkładanych przez Wykonawców zabezpieczeń należytego wykonania umów w świetle pod względem ich zgodności z ustawą PZP,

opiniowanie umów podwykonawczych, czy też zasadności płatności solidarnych i bezpośrednich na rzecz podwykonawców.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż z zarządzenia nr 9/2022 Dyrektora Oddziału w Rzeszowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27.04.2022 r. w sprawie wprowadzenia Instrukcji sporządzania, kontroli i obiegu dokumentów finansowo-księgowych w Oddziale w Rzeszowie w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wynika między innymi, że na etapie realizacji umowy w przypadku, gdy wykonawca przedkłada aneksy do zabezpieczeń lub nowe zabezpieczenia są one przekazywane przez Wykonawców do wydziału merytorycznego, który po ich weryfikacji przekazuje za pismem oryginały do Wydziału Księgowo – Finansowego celem ujęcia w ewidencji zabezpieczeń należytego wykonania umowy (ust. 7 rozdział XIX – Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe), jak również każda gwarancja (papierowa/elektroniczna) wraz z aneksami powinna być uzgodniona i zaparafowana pod względem formalno-prawnym przez Radcę Prawnego (ust. 14 rozdział XIX Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe), czy też dyspozycja jest każdorazowo opiniowana przez Radcę Prawnego (ust. 3 rozdział XXII – płatności dla Podwykonawców).

Biorąc powyższe pod uwagę oraz dowody wniesione przez Przystępującego w postaci wydruków e-maili (np. z dnia 4.10.2013 r. czy z dnia 30.11.2016 r.), ja również dowody wniesione przez Zamawiającego w postaci raportów miesięcznych wraz listami obecności radców prawnych, w tym r.pr. A. P., opinii prawnej sporządzonej przez r.pr. A. P. z dnia 14 czerwca 2018 r., e -maili z dnia 19.02.2019 r. w sprawie aneksu dotyczącego realizacji zamówienia dodatkowego, z dnia 24.03.2020 r. w sprawie aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej, opinii dotyczącej umowy nr 2413.10.2017.1 z dnia 05.02.2018 r., opinii w sprawie podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, opinii w sprawie zastrzeżenia sumy gwarancyjnej w umowie ubezpieczenia, opinii dotyczącej stosowania przepisów ustawy prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień – sporządzania aktów notarialnych, Izba doszła do przekonania, że obsługa prawna Pionu Inwestycji (Pion ZI) w zakresie wykonywanym przez r.pr. A. P. od 02.01.2017 r. do chwili obecnej prowadzi do nabycia doświadczenia zawodowego w realizacji usługi polegającej na „świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów obejmującego (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych", a tym samym stanowi spełnienie warunku określonego w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW.

Z kolei dowody wniesione prze Odwołującego (D17) w postaci rejestrów depozytów sądowych, rejestr roszczeń wierzytelności, raporty miesięczne, raporty oraz opinie Wydziału

zamówień publicznych nie zmieniają postrzegania Izby, co do spełnienia warunku

określonego w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW przez r.pr. A. P. .

Poza tym podnoszony przez Odwołującego fakt, że r.pr. A. P. świadcząc obsługę prawną w ramach umowy z dnia 02.01.2017 r. nr 2413.45.2016 oraz umowy z dnia 03.12.2020 r. nr 2413.25.2020 nie reprezentowała Zamawiającego w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą, w ocenie Izby w żaden sposób nie wyklucza spełniania przez nią opisanego wyżej wymogu doświadczenia zawodowego w sytuacji gdy zajmowała się ona innymi zagadnieniami z dziedziny prawa zamówień publicznych.

Nadto Izba zważa, że r.pr. A. P. fakturowała Odwołującego każdorazowo za usługi wykonane na rzecz Zamawiającego, o czym świadczą dowody w postaci faktur VAT z dnia 31.10.2018 r., 31.10.2019 r., 30.06.2020 r., 31.03.2022 r., tym samym w ocenie Izby r.pr. A. P. spełniała warunek postawiony przez Zamawiającego w zakresie ilości wymaganych usług (tj. co najmniej 2 usługi, gdzie przez usługę rozumie się umowę), patrząc przez pryzmat powołanych przez Przystępującego w Wykazie usług i Odwołującego umowy nr 2413.45.2016 z dnia 2 stycznia 2017 r. oraz umowy nr 2413.25.2020 z dnia 3 grudnia 2020 r.

Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący zgodnie z zawartą z Zamawiającym umową zobowiązany był do posiadania dodatkowego ubezpieczenia, czy też ustalone zostały kary umowne (okoliczność bezsporna), jednakże w ocenie Izby nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ takich elementów warunek określony w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW w zakresie ich spełnienia nie zawiera.

W związku z powyższym, zarzut nr 4 zdaniem Izby jest niezasadny.

Odnośnie zarzutu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) wyrażające się w akceptacji przez Zamawiającego złożenia przez Konsorcjum oświadczenia własnego r. pr. A. P. zgodnie z którym wykonała należycie usługi wskazane w złożonym przez Konsorcjum Wykazie usług, w sytuacji w której brak możliwości pozyskania przez konsorcjum właściwych dokumentów nie jest spowodowany przyczynami niezależnymi od Konsorcjum, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że Zamawiający w dniu 11.10.2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. w celu potwierdzenia

spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na ww. wezwanie Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób i wykaz usług, w którym oświadczył, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie: „Oświadczam, że usługa została wykonana należycie".

Izba zważa, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu może żądać złożenia wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w

tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Biorąc powyższe postanowienia rozporządzenia pod uwagę, Izba podkreśla, że możliwość złożenia przez Wykonawcę oświadczenia własnego jest możliwe, jeżeli wykonawca wykaże, że podjął odpowiednie działania w celu uzyskania wymaganych dokumentów oraz wykazał przyczyny ich nieuzyskania (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2020 r. o sygn. akt KIO 2844/20).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba zważa, że r.pr. A. P. w dniu 9 października 2023 r. wystosowała do Odwołującego prośbę o wystawienie referencji i do dnia rozprawy przedmiotowego dokumentu Odwołujący ani go nie wystawił ani go nie przesłał Przystępującemu, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zaistniały przyczyny o obiektywnym charakterze umożliwiające Przystępującemu złożenie oświadczenia o należytym wykonaniu/wykonywaniu usług wskazanych w wykazie usług.

Nadto Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego jakoby brak wystąpienia do Odwołującego o wydanie referencji we właściwym ku temu terminie – przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, na potrzeby którego taki dowód jest pozyskiwany, był przesłanką uniemożliwiającą Przystępującemu powołanie się na przesłankę „okoliczności od niego niezależnych", ponieważ po pierwsze w okolicznościach niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie miał zamiaru wydać ww. referencji Przystępującemu, co potwierdza okoliczność, że wniosek r.pr A. P. o wystawienie referencji z dnia 9 października 2023 r. do dnia rozprawy nie został przez Odwołującego dokonany, a tym samym termin złożenia wniosku o wydanie referencji nie miał żadnego znaczenia w realiach przedmiotowej sprawy. Po drugie, Izba zważa, że referencje mogą być wystawione zarówno przed, jak i po dniu składania ofert (w niniejszej sprawie otwarcie ofert nastąpiło w dniu 6.10.2023 r.), a co w ocenie Izby oznacza, że Odwołujący mógł wystawić referencje po terminie składania ofert, a czego nie uczynił, jak już Izba wskazała powyżej, do dnia rozprawy.

Odnosząc się z kolei do twierdzeń Odwołującego, jakoby Przystępujący nie mógł pozyskać „zasadniczego" poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego wykonał usługę z uwagi na fakt, że treść tego poświadczenia mogłaby nie potwierdzać spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu lub z uwagi na inne, zawinione przez siebie okoliczności, są przez Izbę niezrozumiałe, z tego powodu, iż r.pr. A. P. jako członek Konsorcjum związana była umową z Odwołującym i to do niego zwróciła się o wystawienie referencji, których do dnia rozprawy nie otrzymała. W tym miejscu należy podkreślić, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia, a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż te wystawiane są przez podmiot od nich niezależny (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 609/23).

Izba wzięła również pod uwagę to, iż zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy PZP, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność, a analogiczne postanowienie znalazło również swój wyraz w pkt 10.12 IDW: „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki (poprzez podanie numeru referencyjnego postępowania lub nazwy postępowania oraz jednostki GDDKiA prowadzącej postępowanie) oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność".

Oznacza to, iż z ww. normy prawnej wynika, że dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli

wykaże posiadane zdolności zawodowe, posługując się zamówieniami wykonanymi na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie. W takim przypadku zamawiający dysponuje wiedzą dotyczącą tego, jak takie zamówienie zostało wykonane, jak również odpowiednimi dokumentami, pozwalającymi na ocenę jakości jego wykonania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 439/20).

Izba zważa, że w przedmiotowej sprawie Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie o złożenie podmiotowych środków dowodowych, pismem z dnia 13 października 2023 r. jednoznacznie oświadczył, iż: „Zamawiający w ramach realizacji umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. nr 2413.45.2016 oraz umowy z dnia 3 grudnia 2020 r. nr 2413.25.2020 jest w posiadaniu miesięcznych raportów wykonania umowy, list obecności, dokumentów rozliczeniowych itp., potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie objętych wykazem usług", a które to umowy zostały wskazane w wykazie usług w ramach, których r.pr. A. P. świadczyła obsługę prawną.

W związku z powyższym, Izba zgadza się z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego, iż to Zamawiający jako podmiot na rzecz, którego świadczona była obsługa prawna w ramach podanych w wykazie usług umów, posiada najlepszą i najpełniejszą wiedzę w zakresie jakości oraz należytości wykonanych i wykonywanych usług przez radców prawnych, w tym r.pr. A. P. . Co istotne, co należy również podkreślić, iż Odwołujący ani w odwołaniu ani na rozprawie nie kwestionował należytości wykonania obsługi prawnej w zakresie usług wskazanych w wykazie przez r.pr. A. P. .

Tym samym, zarzut nr 5 w ocenie Izby, jest niezasadny.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

wyrażające się w uznaniu, że Konsorcjum polega na zdolnościach tego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (tj. r. pr. A. P.) w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu uregulowanego w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW, który wykona usługi do realizacji których te zdolności są wymagane, w sytuacji w której ze złożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, nie wynika jaki zakresu usługi wykona r. pr. A. P., a tym samym z oświadczenia tego nie wynika, że wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, na którego doświadczenie Konsorcjum się powołuje, wykona usługi do realizacji których to doświadczenie jest wymagane, a co za tym idzie, wyrażające się w błędnym przyjęciu, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu o którym

mowa w rozdz. 8.2. pkt 4 lit. a IDW i zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy PZP, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, zaś w myśl ust. 4, w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Oznacza to, iż w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką poszczególni członkowie odegrają przy realizacji zamówienia. Jak podkreśla się w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych, Prawo zamówień publicznych, wydanie II, pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023 , str. 460: „Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizacji danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełniania tych warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy".

Biorąc powyższe pod uwagę, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wyróżnił osobnych części zamówienia, w szczególności nie wyróżnił części zamówienia w postaci np. doradztwa z zakresu zamówień publicznych, bowiem zamawiana usługa prawna miała charakter kompleksowy, w przeciwieństwie do poprzednich postępowań i zawartych na ich podstawie umów. Izba zważa, że w niniejszym postępowaniu nie występuje podział na zadanie nr 1 (obsługa prawna Pionu Inwestycji) i zadanie nr 2 (obsługa Wydziału Zamówień Publicznych), na co jednoznacznie wskazuje § 1 projektowanych postanowień umowy: „Przedmiotem umowy jest obsługa prawna Generalnej

Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddziału w Rzeszowie tj. Pionu ZI, Wydziału Finansowo-Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych".

Niezależnie od powyższego, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że wskazany w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy PZP podział zadań pomiędzy członków konsorcjum może być różny, w zależności od charakteru zamówienia. Podział taki może mieć charakter „jakościowy" tj. jeden rodzaj czynności (np. usług) będzie wykonywany przez pierwszego członka konsorcjum, a inny rodzaj czynności przez drugiego członka konsorcjum. Możliwy jest również podział „ilościowy" zakładający, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywać wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia, a rozdzieleniu między wykonawców ulega jedynie ilość czynności (usług) bez względu na ich rodzaj, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a co nie było również kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

Z taką też sytuacją w ocenie Izby mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, w którym członkowie Konsorcjum do oferty dołączyli oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy PZP, w którym każdy z wykonawców wskazał, że będzie wykonywał całość zamówienia, tj. wszystkie rodzaje czynności wchodzących w zakres zamówienia, a podział zadań między wykonawców ma charakter „ilościowy", tj. wykonawca r.pr. A. P. wykona usługi świadczone przez 3 radców prawnych: „Obsługę prawną Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie w zakresie: Pionu ZI, Wydziału Finansowo – Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych - usługi świadczone przez 3 radców prawnych", a r.pr. S. M. wykona usługi świadczone przez 1 radcę prawnego: „ Obsługę prawną Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie w zakresie: Pionu ZI, Wydziału Finansowo – Księgowego oraz Wydziału Zamówień Publicznych – usługi świadczone przez 1 radcę prawnego", o czym stanowi formularz 3.3 będący załącznikiem do oferty Przystępującego.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, iż r.pr. A. P. będzie jednym z radców prawnych skierowanych bezpośrednio do realizacji umowy, tj. będzie bezpośrednio świadczyła obsługę prawną Zamawiającego, dysponując dodatkowo dwoma radcami prawnymi, którzy również bezpośrednio będą brali czynny udział w realizacji umowy, a tym samym zdaniem Izby r.pr. A. P. nabyła wymagane doświadczenie co do spełniania warunku określonego w pkt 8.2. ppkt 4 lit. a) IDW, tj. w „świadczeniu kompleksowego doradztwa prawnego w zakresie realizacji kontraktów obejmujące (…) zagadnienia z dziedziny (…) prawa zamówień publicznych".

Konkludując, w ocenie Izby, po pierwsze Przystępujący w niniejszym postępowaniu uprawniony był do wskazania proponowanego podziału zakresu usług pomiędzy członków konsorcjum w sposób „ilościowy" zaproponowany w

złożonym oświadczeniu, a po drugie Izba nie znalazła podstaw, co do konieczności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy PZP.

Tym samym, zarzut nr 6, zdaniem Izby jest niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/5 i Odwołującego w części 4/5.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….