Sygn. akt: KIO 2055/23

Wyrok
z dnia 28 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2023 roku przez Odwołującego:
Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie, al. Szucha 8, 00-582 Warszawaw postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie, ul. Stefana Batorego 8, 70-207 Szczecin

orzeka:

1.oddala odwołanie
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie, al. Szucha 8, 00-582 Warszawa: i:
   2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów stanowiących
   wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późń. 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 2055/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: Obsługa prawna Inwestycji pn. „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu.” zwane dalej również „Postępowaniem”,numer postępowania PO-II.2600.4.23 Postępowanie prowadzone
jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm); zwanej dalej „ustawą Pzp”
lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskie pod Nr 2023/S 126-399823 z dnia 4 lipca 2023 r.

W dniu 14 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą
w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegające na:
1) opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa;
2)ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu niezwiązanych z przedmiotem zamówienia i sprzecznych z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1166), zwanej dalej „URP” oraz art. 4a ust. 2 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r. poz. 1184
   z późn. zm.), zwanej dalej „PA” wyrażające się w ustanowieniu
   wymagań:
   a)imiennego wyznaczenia co najmniej jednego Specjalisty Technicznego o kwalifikacjach i doświadczeniu pozwalających na ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego wraz z ew. opracowaniami pomocniczymi, dokumentów technicznych oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym m.in. oceny części kosztowej ofert w Kontrakcie na wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.), która to osoba powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej (lub równoważne) (rozdz. VI ust. 2 lit. d Załącznika nr 1

do SWZ – OPZ),

b)zapewnienia w składzie Zespołu Kancelarii przynajmniej jednego Specjalisty Technicznego wskazanego przez Kancelarię w ofercie, o kwalifikacjach

i doświadczeniu określonym w SWZ, zapewniającego ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym również dokonania oceny części kosztowej ofert w kontrakcie na projektowanie i wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.) (§ 4 ust. 1 lit. c Załącznika nr 2 do SWZ – Wzór Umowy),

c)na żądanie Zamawiającego - zapewnienia podczas spotkań, o których mowa w ust. 1

i 2 Specjalisty Technicznego (§ 7 ust. 6 Załącznika nr 2 do SWZ – Wzór Umowy),

2)art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 2 URP i art. 4a ust. 2 PA, wyrażające się w ustanowieniu warunku udziału w postępowaniu dysponowania zespołem w skład którego wchodzi co najmniej jeden Specjalista Techniczny, zapewniający ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego wraz z ew. opracowaniami pomocniczymi, dokumentów technicznych oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym m.in. oceny części kosztowej ofert w Kontrakcie na wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.), a osoba ta powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej

(lub równoważne) (rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b ppkt iii SWZ)

- w sytuacji, w której realizacja powyższych wymagań nie stanowi świadczenia pomocy prawnej, a przedmiotem działalności podmiotów w ramach których dopuszczalne jest na gruncie URP i PA świadczenie pomocy prawnej może być wyłącznie świadczenie pomocy prawnej i jednocześnie wymaga świadczenia pomocy prawnej przez osobę nieuprawnioną, co w konsekwencji prowadzi do ustanowienia przez Zamawiającego wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, których wykonawcy będący spółkami prawniczymi nie mogą spełnić bez naruszenia przepisów powszechnie obowiązującego prawa, z tytułu czego osoby zrzeszone w tych spółkach ponosić będą odpowiedzialność dyscyplinarną. Tego rodzaju wymagania, stanowiące nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu i obowiązki wykonawcy niezwiązane z przedmiotem zamówienia, godzą też w podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu usunięcie z warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia, a także ze Wzoru umowy wymagań zobowiązujących wykonawców do wykonywania innego rodzaju działalności niż świadczenie pomocy prawnej;

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący jest wykonawcą, który jest zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia, jako podmiot świadczący pomoc prawną także podmiotom publicznym, w szczególności w zakresie realizacji inwestycji infrastrukturalnych. Sposób opisania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oraz przedmiotu zamówienia prowadzi do oczywistego pokrzywdzenia potencjalnego wykonawcy i uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz generuje ryzyko powstania szkody postrzeganej jako utrata wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji przyszłej umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r., KIO 1776/17).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na obsługę prawną inwestycji pn. „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu.”. Już sama nazwa zamówienia wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej. Potwierdza to zresztą kod CPV wskazany w SWZ: 79110000-8 tj. Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej. W treści OPZ (rozdz. IV) również zdefiniowano przedmiot zamówienia jako świadczenie pomocy prawnej (cyt.): Przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie kompleksowej, systematycznej obsługi prawnej Urzędu Morskiego w Szczecinie jako inwestora Projektu „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego

w Świnoujściu" w zakresie udzielania zamówień publicznych oraz realizacji umów zawartych z podmiotami wykonującymi roboty lub usługi w zakresie przedmiotowej Inwestycji, podobnie zresztą jak we wzorze Umowy (§ 2 ust. 1) cyt.: Przedmiotem niniejszej Umowy jest świadczenie przez Kancelarię usług w zakresie systematycznej, kompleksowej i pełnej obsługi prawnej Urzędu Morskiego w Szczecinie, jako inwestora Projektu „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu".

Powyższe potwierdza treść warunków udziału w postępowaniu uregulowanych w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b ppkt i-ii SWZ, wymagających od wykonawców skierowania do realizacji zamówienia co najmniej Prawnika wiodącego i dwóch jego zastępców, posiadających uprawnienia radcy prawnego, adwokata lub prawnika zagranicznego, oraz co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe. Co więcej, w warunku, o którym mowa w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. a SWZ, Zamawiający wymaga od wykonawcy doświadczenia w realizacji dwóch usług polegających na świadczeniu pomocy prawnej o określonych tam parametrach i cechach.

Regulacje w zakresie świadczenia pomocy prawnej określają przepisy URP i PA:

1) zgodnie z art. 6 ust. 1 URE: Świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy.

2)zgodnie z art. 4 PA: Zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami.

Pomimo, że wspomniane katalogi czynności mają charakter otwarty wymieniając przykładowo postaci pomocy prawnej, lecz bez wątpienia należy wskazać, że pomoc prawna związana jest ze stosowaniem przepisów prawa polegającym na szeroko rozumianej subsumpcji określonego stanu faktycznego i prawnego.

Wspomniane ustawy reglamentują też formy organizacyjne w jakich świadczenie pomocy przez radców prawnych i adwokatów jest możliwe:

1) zgodnie z art. 8 ust. 1 URP: Radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce:
   1) cywilnej lub jawnej, w której wspólnikami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 823);
   2) partnerskiej, w której partnerami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej;
   3) komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w RzeczypospolitejPolskiej;

2) zgodnie z art. 4a ust. 1 PA: Adwokat wykonuje zawód w kancelarii adwokackiej, w zespole adwokackim oraz w spółce:
   1) cywilnej lub jawnej, w której wspólnikami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawnikówzagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 823),
   2)partnerskiej, w której partnerami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej;
   3)komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej.

Co istotne, z uwagi na specyfikę wspomnianych zawodów, przepisy prawa ograniczają przedmiot działalności spółek prawniczych jedynie do świadczenia pomocy prawnej. Regulację w tym zakresie stanowią:

1) art. 6 ust. 2 URP: Wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa

w ust. 1, jest świadczenie pomocy prawnej;

2) art. 4a ust. 2 PA: Wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa w ust. 1, jest świadczenie pomocy prawnej.

Powyższe przepisy mają zastosowanie do wykonawców mogących ubiegać się o udzielnie zamówienia. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej, może być ono (zgodnie zresztą z warunkami udziału w postępowaniu) realizowane wyłącznie przez radców prawnych lub adwokatów. Jednocześnie, jedną z form świadczenia pomocy prawnej są spółki prawnicze, o których mowa w ust. 8 URP i art. 4a PA. Bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa zakazują jednak wspomnianym spółkom prowadzenia innej działalności niż świadczenie pomocy prawnej. Takie stanowisko zajęła m.in. Komisja Etyki i Wykonywania Zawodu Krajowej Rady Radców Prawnych w dniu 15 maja 2020 r.: *Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020r., poz. 75, ze zmian.), dalej powoływanej jako „urp", radca prawny może wykonywać zawód m.in. w spółkach w tym przepisie określonych, w tym w spółce cywilnej, której wyłącznymi wspólnikami są m.in. radcowie prawni. Zgodnie zaś z art. 8 ust. 2 urp wyłącznym przedmiotem działalności tego rodzaju spółek może być jedynie świadczenie pomocy prawnej. Tak określony przedmiot działalności spółek, o których mowa w art. 8 ust. 1 urp, koresponduje z unormowaniem art. 4 urp, zgodnie z którym wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej. W rezultacie konsekwentnie ustawodawca przyjmuje następujący logiczny ciąg. Zawód radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej. Zawód ten można wykonywać m. in. w spółce cywilnej radców prawnych, której wyłącznym przedmiotem działalności może być jedynie świadczenie pomocy prawnej. Ustawa o radcach prawnych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „świadczenie pomocy prawnej", a jedynie przybliża to pojęcie w art. 6 ust. 1 poprzez jedynie egzemplifikacyjne (o czym świadczy użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności") wskazanie czynności mieszczących się w obrazie zawodu radcy prawnego (udzielanie porad i konsultacji prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy).2 Przykładowe wymienienie w art. 6 ust. 1 urp rodzajów czynności zawodowych radcy prawnego pozwala, mimo braku definicji legalnej, na wyprowadzenie wniosków natury ogólniejszej. Opierając się na charakterze i wspólnych cechach tych czynności można zasadnie przyjąć, że istota świadczenia pomocy prawnej sprowadza się do podejmowania czynności o charakterze intelektualnym, cechujących się indywidualnym wkładem inwencji oraz pomysłowości i zmierzających do oceny, a w jej rezultacie do poprawy lub ochrony sytuacji prawnej osoby, na rzecz której świadczona jest pomoc prawna (tak Sąd Najwyższy - Izba Karna w Warszawie w postanowieniu z dnia 24 maja 2005 r. sygn. akt I KZP 15/05 za M. Szydło Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy, PS 2004, nr 2). Przy takim rozumieniu pojęcia „świadczenia pomocy prawnej" nie powinno ulegać wątpliwości, że planowana przez pytających działalność, jako że nie polega na podejmowaniu czynności o charakterze intelektualnym zmierzających do oceny i w konsekwencji poprawy lub ochrony (nie pogorszenia) sytuacji prawnej osób, na rzecz których czynności są podejmowane, nie mieści się w pojęciu „świadczenia pomocy prawnej", a tym samym w granicach dopuszczalnego przedmiotu działalności spółki cywilnej radców prawnych, w ramach której wykonywany jest zawód racy prawnego.*

Powyższe potwierdzają też stanowiska doktryny: Zgodnie z treścią tego przepisu (art. 8 ust. 2 URP – przyp. Odwołującego) *wyłącznym przedmiotem działalności spółek, w których poprzez swoje uczestnictwo radca prawny może wykonywać zawód, jest świadczenie pomocy prawnej. Pojęcie pomocy prawnej jest niedookreślone i stosunkowo pojemne (zob. bliżej na ten temat uw. do art. 4 i 6), niemniej jednak nie obejmuje swym zakresem spełnianych na rzecz beneficjenta świadczeń głównych, które nie są związane ze stosowaniem prawa i nie polegają na subsumpcji ustaleń stanu faktycznego oraz obowiązujących norm prawnych. O ile więc w ramach świadczenia pomocy prawnej przez spółki osobowe dopuszczalne jest wykonywanie zajęć nieprawniczych, które mają charakter podporządkowany i służą jej optymalizacji, o tyle prowadzenie działalności nieprawniczej w ogólności jest zabronione. (…) W orzecznictwie przyjmuje się, że skutkiem naruszenia ograniczeń dotyczących wykonywania zawodu w określonych formach organizacyjnych jest nieuznawanie dokonywanych czynności za świadczenie pomocy prawnej. Choć nie powodują one nieważności ani w odniesieniu do czynności prawnej stanowiącej formę wykonywania zawodu, ani poszczególnych czynności z zakresu pomocy prawnej, to jednak mogą być bardzo dolegliwe i to nie tylko dla radcy prawnego, który naraża się na ryzyko odpowiedzialności dyscyplinarnej, ale również dla beneficjentów pomocy prawnej, ponieważ czynności ich dotyczące, jako pozbawione waloru świadczenia pomocy prawnej, mogą okazać się nieskuteczne. Kwestia sankcji za naruszenie przepisów o formach wykonywania zawodu nabiera szczególnego znaczenia, zwłaszcza na gruncie procedur sądowych przy dokonywaniu czynności, z którymi związany jest przy- mus adwokacko-radcowski (zob. np. post. SN z 20.7.2012 r., II CZ 68/12, Legalis; post. SN z 28.2.2008 r., III CSK 245/07, OSNC 2009, Nr 5, poz. 73 oraz wyr. SA w Katowicach z 25.8.2008 r., I ACa 1485/03, Legalis). Jak pokazuje*

praktyka, w następstwie nieuznania określonych czynności za czynności zawodowe radców prawnych, czyli w efekcie pozbawienia tych czynności cechy świadczenia pomocy prawnej
w rozumieniu ustawy, może dojść do wyrządzenia znaczącej szkody beneficjentom pomocy prawnej. Chodzi tu bowiem nie tylko o nieskuteczność czynności procesowych, ale również
o pozbawienie ochrony ubezpieczeniowej, ponieważ ta objęta obowiązkiem ubezpieczenia
od odpowiedzialności cywilnej dotyczy jedynie czynności zawodowych. ([tak:] B. Sołtys [w:] T. Scheffler (red.) Ustawa o radcach prawnych. Komentarz. Warszawa, 2022 r. wyd. 2. Legalis/el).

Jak więc wynika z powyższego, prowadzenie przez spółki prawnicze innej działalności niż świadczenie pomocy prawnej, jako sprzeczne z przepisami prawa, grodzi osobom działającym w takich spółkach odpowiedzialnością dyscyplinarną, a beneficjenci takiej działalności pozbawieni są ochrony ubezpieczeniowej związanej z wykonywaniem zawodu radcy prawnego lub adwokata.

Tymczasem, pomimo, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej co do zasady, Zamawiający ustanowił w treści OPZ i Wzorze umowy wymagania zgodnie z którym wykonawcy działający w postaci spółek prawniczych prowadzić będą działalność niezwiązaną ze świadczeniem pomocy prawnej. Jak wskazano bowiem w treści zarzutów odwołania, Zamawiający wymaga:

1)imiennego wyznaczenia co najmniej jednego Specjalisty Technicznego o kwalifikacjach i doświadczeniu pozwalających na ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego wraz z ew. opracowaniami pomocniczymi, dokumentów technicznych oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym m.in. oceny części kosztowej ofert w Kontrakcie na wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.), która to osoba powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej (lub równoważne) (rozdz. VI ust. 2 lit. d Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ);

2)zapewnienia w składzie Zespołu Kancelarii przynajmniej jednego Specjalisty Technicznego wskazanego przez Kancelarię w ofercie, o kwalifikacjach i doświadczeniu określonym w SWZ, zapewniającego ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym również dokonania oceny części kosztowej ofert w kontrakcie na projektowanie i wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.) (§ 4 ust. 1 lit. c Załącznika nr 2 do SWZ – Wzór Umowy);

3)na żądanie Zamawiającego - zapewnienia podczas spotkań, o których mowa w ust. 1 i 2 Specjalisty Technicznego (§ 7 ust. 6 Załącznika nr 2 do SWZ – Wzór Umowy).

Powyższe jest też odzwierciedlone w warunku udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający wymaga dysponowania zespołem w skład którego wchodzi co najmniej jeden Specjalista Techniczny, zapewniający ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego wraz z ew. opracowaniami pomocniczymi, dokumentów technicznych oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym m.in. oceny części kosztowej ofert w Kontrakcie na wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.), a osoba ta powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej (lub równoważne) (rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b ppkt iii SWZ).

W świetle powyższego, Zamawiający wymaga od wykonawców, mających świadczyć pomoc prawną wykonywania usług niemieszczących się w tym pojęciu. Świadczeniem pomocy prawnej nie jest bowiem ocena prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego w zakresie innymi niż przez pryzmat zgodności z prawem, w tym weryfikacja dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC, a także dokumentów technicznych dla których wymagane są uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej. Te czynności – jak wspomniano wyżej – nie polegają na dokonywaniu subsumpcji określonego stanu faktycznego i prawnego, a na wykonywaniu czynności właściwych osobom pełniącym samodzielne funkcje techniczne, posiadającym uprawnienia na gruncie prawa budowlanego. Wykonawcy ci nie mogą więc przybrać do realizacji zamówienia osób wykonujących takie czynności ani ponosić odpowiedzialności za ich realizację. Innymi słowy, spółki prawnicze nie mogą być stroną umowy, w ramach której zobowiązane i odpowiedziane będą do dokonywania czynności innych niż świadczenie pomocy prawnej.

Jednocześnie, skoro przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej,

to osoba niebędąca radcą prawnym lub adwokatem lub prawnikiem zagranicznym, a osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjnobudowlanej, nie może uczestniczyć w realizacji zamówienia rozumianego jako pomoc prawna w świetle przepisów URP i PA.

Opisane warunki udziału w postępowaniu oraz warunki realizacji zamówienia są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a zadośćuczynienie im może prowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej osób zrzeszonych w spółkach prawniczych. Wymagania te są więc nieproporcjonalne i niekonkurencyjne, a w zasadzie uniemożliwiają udzielenie przedmiotowego zamówienia. Co więcej, są one niekorzystne dla Zamawiającego, bowiem usługi inne niż prawnicze, nie są objęte odpowiedzialnością ubezpieczeniową spółek prawniczych, co ma niebagatelne znaczenie przy tej skali co obsługiwana inwestycja.

W świetle powyższego, zasadnym jest zmodyfikowanie treści SWZ w sposób opisany w petitum odwołania, o co niniejszym wnosi Odwołujący.

W dniu 27 lipca 2023 r. Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przeprowadzenie dowodów z załączonych kopii umów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu postanowienia warunków zamówienia w zakresie objętym zarzutami) odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez ich ukształtowanie naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający kształtując treść opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz wzoru umowy nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołań na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Pzp oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

Odwołujący powołując się na naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 2 URP poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i wzoru umowy w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności i przejrzystości winien wykazać adekwatny związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy postanowieniami SWZ a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu czy chociażby realnym - nieuzasadnionym czynnikami obiektywnymi - zmniejszeniu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, oraz na ustanowienie warunków udziału w postępowaniu, które nie są proporcjonalne

do przedmiotu zamówienia. Nie chodzi tu o ograniczenie konkurencji w znaczeniu ogólnym,
ale o ograniczenie uczciwej konkurencji, spowodowane nieuzasadnionymi, subiektywnymi okolicznościami, których Zamawiający nie jest w stanie uzasadnić obiektywnymi przesłankami.

Opisu przedmiotu zamówienia nie należy rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Istotne jest natomiast to, aby opis przedmiotu zamówienia nie naruszał przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp.

Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść SWZ narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Wskazać należy, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia. a co istotne - za najkorzystniejszą cenę.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności, których wystąpienie zarzuca Odwołujący.
Izba odniesie się łącznie do stawianych zarzutów, z uwagi na ich ścisłe powiązanie.

Podstawą do stawianych zarzutów jest twierdzenie Odwołującego, że obok świadczenia pomocy prawnej Zamawiający oczekuje od wykonawców również prowadzenia działalności niezwiązanej ze świadczeniem pomocy prawnej. Działalność ta miałaby polegać na ocenie prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno-Użytkowego w zakresie innym
niż zgodność z prawem, weryfikacji dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych
dla kontraktów FIDIC, a także dokumentów technicznych, dla których wymagane
są uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej. Ponadto
wg. Odwołującego Zamawiający wymaga świadczenia pomocy prawnej przez osobę nieuprawnioną, co w konsekwencji ma prowadzić do ustanowienia warunków udziału
w postępowaniu, których wykonawcy będący spółkami prawniczymi nie mogą spełnić
bez naruszenia przepisów powszechnie obowiązującego prawa, z tytułu czego osoby zrzeszone w tych spółkach ponosić będą odpowiedzialność dyscyplinarną.

Analiza postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz wzoru umowy, zdaniem Izby nie daje podstaw do twierdzenia zaprezentowanego przez Odwołującego.
Zgodnie z Rozdziałem 3 Opis przedmiotu zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest prowadzenie kompleksowej, systematycznej obsługi prawnej Urzędu Morskiego w Szczecinie jako inwestora Projektu pn. „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu" w zakresie udzielania zamówień publicznych oraz realizacji umów zawartych z podmiotami wykonującymi prace i usługi w zakresie przedmiotowej Inwestycji. Dodatkowo Wykonawca niniejszego zamówienia będzie zobowiązany do doradztwa prawnego na rzecz UMS w relacjach

z organami administracji wydającymi zgody, opinie, decyzje, postanowienia administracyjne itp. w zakresie realizacji Inwestycji oraz w relacjach z zewnętrznymi interesariuszami Inwestycji.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w Załączniku nr 1 do SWZ.

Z kolei, z załącznika nr 1 do SWZ wynika, że:

IV. Ogólne określenie zakresu działania podmiotu wykonującego zamówienie pn. „Obsługa prawna inwestycji pn.: „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego

w Świnoujściu", który Zamawiający zamierza wprowadzić do umowy.

Przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie kompleksowej, systematycznej obsługi prawnej Urzędu Morskiego w Szczecinie jako inwestora Projektu „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu" w zakresie udzielania zamówień publicznych oraz realizacji umów zawartych z podmiotami wykonującymi roboty lub usługi w zakresie przedmiotowej Inwestycji.

Dodatkowo Wykonawca niniejszego zamówienia będzie zobowiązany do doradztwa prawnego na rzecz UMS w relacjach z organami administracji wydającymi zgody, opinie, decyzje, postanowienia administracyjne itp. w zakresie realizacji Inwestycji oraz

w relacjach z zewnętrznymi interesariuszami Projektu (m. in. organy administracji publicznej, podmioty prywatne). Ponadto Wykonawca będzie realizować kompleksową obsługę prawną w punktach styku z Zadaniem nr 1 Programu Wieloletniego

pn. Przeprowadzenie prac dla umożliwienia transportu wodnego do Portu Zewnętrznego w Świnoujściu", a także w punktach styku wymagających koordynacji pomiędzy wykonawcami, w związku z realizacją terminala kontenerowego, którego inwestorem będzie Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście (ZMPSiŚ).

V. Najważniejsze zadania szczegółowe Wykonawcy obsługi prawnej stanowiącej przedmiot zamówienia:

1.Przeprowadzenie zgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych oraz innymi obowiązującymi przepisami prawa krajowego, a także kompleksowa obsługa prawna niżej wymienionych postępowań przetargowych:

a)postępowanie dla wyboru wykonawcy wywiadu ferromagnetycznego,

b)postępowanie dla wyboru Inżyniera Kontraktu wraz z prowadzeniem monitoringu przyrodniczego, zgodnie z wymogami zawartymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia,

c)postępowanie dla wyboru Wykonawcy Kontraktu – warunki kontraktowe oparte o Żółtą Książkę FIDIC (lub równoważne).

Zadaniem Wykonawcy zamówienia w ramach obsługi ww. postępowań o udzielenie zamówienia publicznego będzie udział w komisjach przetargowych (w charakterze eksperta), przygotowanie specyfikacji warunków zamówienia i projektów umów (kontraktów), stały nadzór prawny i bezpośredni udział w czynnościach związanych z procedurą udzielenia zamówień, w tym sprawdzanie ofert, rozpatrywanie odwołań, skarg – do czasu ostatecznego zakończenia tych postępowań. Ponadto zadaniem Wykonawcy będzie reprezentowanie Zamawiającego przed właściwymi organami w związku ze skargami i pozwami oferentów.

<u>Uwaga:</u>

W ramach realizacji zadań wg. części V pkt 1 lit. a) – c), Zamawiający oczekuje, że Wykonawca obejmie rolę wiodącą tzn. będzie odpowiedzialny m.in.:

–za prawidłowe przygotowanie dokumentów przetargowych i umów (do czasu zawarcia umów),

–weryfikacja i uzgadnianie w imieniu Zamawiającego dokumentów niezbędnych do zawarcia umów,

–nadzór prawny i czynny udział w czynnościach i procedurach prowadzonych przez Zamawiającego, z uwzględnieniem wymogów kontroli przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, instytucje kontrolujące np. Najwyższa Izba Kontroli,

–udział i reprezentacja Zamawiającego w procedurach odwoławczych (np. przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądami powszechnymi itp.).

2.Systematyczna obsługa prawna realizacji umów i kontraktów zawartych w wyniku postępowań wymienionych w części V pkt 1 OPZ, do czasu ich zakończenia lub do upływu terminu umowy o wykonywanie obsługi prawnej.

Przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie systematycznej, pełnej obsługi prawnej Urzędu Morskiego w Szczecinie jako inwestora Projektu „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu" w relacjach ze wszystkimi podmiotami wykonującymi roboty lub usługi, wynikających z podpisanych umów, w zakresie tej Inwestycji.

3.Obsługa prawna realizacji umów i postępowań przetargowych związanych z realizacją Projektu „Budowa falochronu dla nowego Portu Zewnętrznego w Świnoujściu".

Obsługa prawna innych postępowań o udzielenie zamówienia oraz umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia tych postępowań, jeżeli staną się one niezbędne w toku realizacji Projektu.

4.Doradztwo i konsultacje prawne na rzecz UMS w relacjach z organami administracji wydającymi zgody, opinie, decyzje, postanowienia administracyjne itp. w zakresie inwestycji, właścicielami nieruchomości oraz w relacjach z zewnętrznymi interesariuszami projektu, jak np. ZMPSiŚ S.A., Marynarka Wojenna RP, morscy przewoźnicy handlowi, stowarzyszenia rybaków, organizacje środowiskowe itp.

5.Weryfikacja zgodności zapisów Programu Funkcjonalno – Użytkowego z zapisami Kontraktu na wykonawstwo,

6.Wsparcie Zamawiającego w postaci przystępnego tłumaczenia m. in. danych zagadnień prawnych, przepisów prawa związanych z prowadzonymi postępowaniami, a następnie kontraktami. Wsparcie winno też wskazywać konsekwencje zagadnień prawnych jakie pojawią się w toku realizacji Projektu. Wsparcie takie będzie wymagane w przypadku zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego.

W ocenie Izby powyższe postanowienia nie dają podstaw do twierdzenia, że wykonawca usługi, poza świadczeniem pomocy prawnej w określonym zakresie, zobowiązany będzie do świadczenia usług niemieszczących się z ramach pojęcia pomocy prawnej.

Nie dają również podstaw do wyprowadzenia wniosku, że Zamawiający wymaga świadczenia pomocy prawnej

przez osobę nieuprawnioną, postanowienia zawarte w pkt. 2 d) Opisu przedmiotu zamówienia:

2.Wymagania Zamawiającego dla zapewnienia efektywnej realizacji obsługi prawnej:

d)*imiennego wyznaczenia co najmniej jednego Specjalisty Technicznego*

o kwalifikacjach i doświadczeniu pozwalających na ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego wraz z ew. opracowaniami pomocniczymi, dokumentów technicznych oraz weryfikację dokumentów kosztowych i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym m.in. oceny części kosztowej ofert w Kontrakcie na wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości

w przypadku wprowadzania Zmian itp.). Osoba ta powinna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej (lub równoważne)

jak i wymóg wskazany w § 4 ust. 1 lit. c i w § 7 ust. 6 Załącznika nr 2 do SWZ – Wzór umowy, zawierający postanowienia będące konsekwencją wymogu z pkt 2 d) Opisu przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z przywołanego pkt 2, wymóg wyznaczenia Specjalisty Technicznego
o wskazanych kwalifikacjach i doświadczeniu został ustanowiony dla zapewnienia efektywnej realizacji obsługi prawnej, a nie jak twierdzi Odwołujący, jako wymóg świadczenia przez
Specjalistę Technicznego (jako osoby nieuprawnionej) pomocy prawnej oraz świadczenia przez wykonawcę usługi niestanowiącej pomocy prawnej.

W tym też kontekście, tj. w celu zapewnienia efektywnej realizacji obsługi prawnej, zdaniem Izby należy rozumieć postawiony w Rozdziale 10 ust. 3 pkt 4 lit. b ppkt (iii) SWZ warunek udziału w postępowaniu, polegający na dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności:

Co najmniej jeden Specjalista Techniczny, zapewniający ocenę prawidłowości przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego wraz z ew. opracowaniami pomocniczymi, dokumentów technicznych oraz weryfikację dokumentów kosztowych

i rozliczeniowych właściwych dla kontraktów FIDIC (w tym m.in. oceny części kosztowej ofert w Kontrakcie na wykonawstwo, weryfikacji analizy wartości w przypadku wprowadzania Zmian itp.) Osoba ta powinna posiadać uprawnienia budowlane

do projektowania i/lub kierowania robotami budowlanymi hydrotechnicznymi

bez ograniczeń w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej (lub równoważne).

Analogiczne stanowisko przedstawił również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wyjaśniając, że: *rola tego eksperta służyć ma optymalizacji usług danego wykonawcy*

w konkretnych warunkach wykonania zamówienia i ma charakter podporządkowany wobec świadczenia pomocy prawnej, a jako taki nie jest sprzeczny z przywołanym w odwołaniu orzecznictwem Sądu Najwyższego. Stąd też tezy Odwołania o pozbawieniu ochrony ubezpieczeniowej, zwłaszcza w odniesieniu do czynności procesowych, których Zamawiający nie oczekuje od eksperta, nie mogą odnosić się do przewidywanej funkcji Specjalisty Technicznego. Specjalista ten może podlegać odrębnemu ubezpieczeniu. Z uwagi na specyfikę inwestycji, polegającej na budowie infrastruktury podejściowej dla nowo budowanego portu zewnętrznego w Świnoujściu, która jest przedsięwzięciem o charakterze jednostkowym, Specjalista Techniczny ma umożliwić podejmowanie optymalnych decyzji przez doradców prawnych przy weryfikacji treści dokumentów, których analiza wymaga wiedzy technicznej. Nie jest prawdą, jak podnosi Odwołujący, że świadczenie usług prawnych

nie obejmuje np. oceny prawidłowości przygotowania PFU wraz z opracowaniami technicznymi lub innych dokumentów technicznych i rozliczeniowych (i w tym w kontekście wprowadzania zmian w toku realizacji zamówienia) w zakresie innym niż poprzez pryzmat zgodności z prawem. Uznać bowiem należy, że nie jest możliwe w konkretnej sytuacji zastosowania danej normy prawnej rozdzielenie rozpoznania okoliczności faktycznych

i adresata normy (hipoteza) od dyspozycji tejże normy. Prawnicy mają świadomość potrzeby znajomości zagadnień stanowiących przedmiot świadczonych przez nich usług prawnych, dlatego też w ofertach kancelarii widnieją konkretne specjalizacje. Branża hydrotechniczna, dotycząca ogromnych budowli morskich, wznoszonych w ramach całego kompleksu inwestycji realizowanych przez różne podmioty (tu: Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście SA w zakresie portu zewnętrznego), wymaga, w opinii Zamawiającego, dla zapewnienia ich prawidłowości, zaangażowania osób o wiadomościach specjalnych. W tym miejscu wymaga też podkreślenia, że opis przedmiotu zamówienia musi odpowiadać uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, pozwalając uzyskać przedmiot zamówienia, który będzie zgodny pod względem jakości i funkcjonalności z oczekiwaniami Zamawiającego (tak też stwierdzono

w orzeczeniu KIO, sygn. akt 1694/20).

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy powołanie Specjalisty Technicznego służyć ma zapewnieniu spójności pomiędzy dokumentami o charakterze technicznym

#x200ei kontraktami zawieranymi w ramach wykonania całego zadania, a także zapewnieniu prawidłowej realizacji tych

kontraktów. Wszystkie takie umowy wymagają szczególnego dopracowania w zakresie technicznym, tak aby zminimalizować późniejsze konflikty
#x200ei opóźnienia, w tym też roszczenia wykonawców robót. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że w czasie odbioru PFU Urząd Morski nie będzie jeszcze dysponował umową z Inżynierem Kontraktu i stąd szczególna rola Specjalisty Technicznego. W okresie po podpisaniu umowy
#x200ez Inżynierem Kontraktu Specjalista Techniczny kancelarii będzie stanowił dalsze wsparcie, zwłaszcza w przypadku wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian do umów i oceny sytuacji spornych, które są nieuniknione przy tak długim i skomplikowanym procesie.
Odwołujący podnosi również, że stawiane przez Zamawiającego wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, w warunkach udziału w postępowaniu oraz wzorze umowy
w zakresie Specjalisty Technicznego nie są możliwe do spełnienia bez naruszenia przepisów ustawy o radcach prawnych i Prawa o adwokaturze. Na tę okoliczność przywołuję Opinię prawną dotyczącą form wykonywania zawodu i świadczenia pomocy prawnej w kontekście ustawy Prawo zamówień publicznych sporządzoną przez r. pr. dr hab. Tomasza Schefflera. Izba uznała złożoną opinię jako rozszerzenie stanowiska Odwołującego, jako dokument prywatny, który stanowi jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, i nie korzysta on z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Przedstawiona opinii opiera się na założeniu, że w niniejszy postępowaniu, którego przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej, Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i we wzorze umowy ustanowił wymagania, zgodnie z którymi wykonawcy działający w postaci spółek prawniczych prowadziliby działalność – choćby w części – niezwiązaną ze świadczeniem pomocy prawnej,
co w ocenie Izby (jak zostało wyżej wykazane) nie znajduje potwierdzenie w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia. Izba uznała zatem złożoną opinię jako nieprzydatną
dla sprawy.
Izba nie uwzględniła również dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci kopii umowy Nr TI-220/718/2013 z 01.03.2013 r. zawartej między Odwołującym a Zamawiającym na zapewnienie obsługi prawnej postępowania przetargowego dla zadania „Modernizacja toru wodnego Świnoujście-Szczecin do głębokości 12,5 m – prace przygotowawcze", w której Zamawiający nie stawiał wymagań w zakresie Specjalisty Technicznego, na okoliczność możliwości świadczenia pomocy prawnej bez udziału Specjalisty Technicznego. W ocenie Izby, okoliczność, że w ramach powyższego zadania Zamawiający nie stawiał takiego wymagania, nie oznacza, że jego ustanowienie narusza przepisy prawa. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, doświadczenie własne zdobyte podczas budowy gazoportu w Świnoujściu, wykazało konieczność znajomości specyfiki wykonywanych robót przy obsłudze prawnej inwestycji, co znalazło przełożenie na potrzeby Zamawiającego wyrażone w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Za kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, Izba uznała dowody złożone przez Zamawiającego w postaci kopii dwóch umów zawartych z kancelariami prawnymi
we wcześniej organizowanych przez Zamawiającego postępowaniach na świadczenie pomocy prawnej, w których Zamawiający ustanowił analogiczne wymagania w zakresie Specjalisty Technicznego: (1) Umowa z 9 listopada 2017 r. na „Obsługę prawną inwestycji pn.: Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m" (Nr postępowania: PO-II-370/ZZP-3/14/17) oraz (2) Umowa z 7 września 2009 r. na Świadczenie usług kompleksowej obsługi prawnej Inwestycji pn.: „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu" (Nr postępowania: PO-II-ZZP-3/375/7/09). Izba nie uwzględniła stanowiska Odwołującego, który podniósł, że sam fakt, że umowy takie zostały zawarte,
nie oznacza że nie naruszają one prawa, bowiem Odwołujący nawet nie podjął próby wskazania, które postanowienia ww. umów naruszają obowiązujące przepisy prawa. Ponadto argument Odwołującego, iż wobec treści ww. umów nie przysługiwały środki ochrony prawnej (umowa zawarta w trybie z wolnej ręki, przedmiot zamówienia to usługi społeczne), nie wykluczał możliwości negocjacji ich treści, w zakresie w którym postanowienia takie byłyby niezgodne z prawem. Brak możliwości wniesienia odwołania wobec postanowień treści umowy, nie oznaczał, że wykonawca musiał podpisać umowę, której postanowienia naruszały obowiązujące przepisy prawa.

Izba podkreśla, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb.
Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych argumentów, wskazujących dlaczego kwestionowany wymóg winien zostać zmieniony, jako nieistotny dla Zamawiającego
a skoncentrował się na jedynie na postulacie modyfikacji SWZ w sposób korzystny dla siebie. Nie wykazał również dlaczego oferta wybrana zgodnie z wnioskowaną w odwołaniu treścią modyfikacji SWZ, będzie dla Zamawiającego najbardziej adekwatna w stosunku do jego uzasadnionych potrzeb.

Za niezasadny również należy uznać zarzut dotyczący ustanowienia niezwiązanych z przedmiotem zamówienia i sprzecznych z przepisami warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także w sposób nienaruszający normy 116 Pzp. Zamawiający określił warunek posiadania konkretnej zdolności technicznej i zawodowej odpowiednio do przedmiotu świadczenia objętego przyszłą umową. Jak wyjaśnił Zamawiający *wymagane cechy Specjalisty technicznego są związane z przedmiotem zamówienia – zapewniają bowiem prawidłową jego realizację, tj. powstanie świadczeń o wymaganej jakości. Zamawiający, określając warunek zdolności technicznej lub zawodowej, wziął pod uwagę wszystkie wymagania i okoliczności związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności zamierzone rezultaty wykonania usługi polegającej na obsłudze prawnej, oraz szczególne warunki spełnienia świadczenia (…). Wziął też pod uwagę konieczność zapewnienia prawidłowej i terminowej realizacji całego zadania, jakim jest budowa falochronu dla nowego portu zewnętrznego w Świnoujściu, z uwzględnieniem faktu, że będzie to największa jak dotąd tego typu budowla hydrotechniczna (zintegrowana przy tym z polem refulacyjnym) oraz że budowa nowego portu angażuje wiele podmiotów, których działania muszą być odpowiednio synchronizowane, co wiąże się koniecznością kreowania rozwiązań prawnych na gruncie odpowiedniej wiedzy technicznej. Zamawiający winien przede wszystkim kierować się koniecznością wyboru wykonawcy, który będzie miał doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia, a zatem zdolnego do zrealizowania zamówienia (orzeczenie KIO 636/23), co też miało miejsce przy definiowaniu kwestionowanych wymogów udziału w postępowaniu.*

W ocenie Izby Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił, dlaczego kwestionowany przez Odwołującego wymóg dotyczący Specjalisty Technicznego jest dla niego istotny, oraz wykazał na podstawie zawartych umów, że istnieje możliwość realizacji zamówienia przez podmioty świadczące pomoc prawną, na warunkach określonych przez Zamawiającego, w sposób nienaruszający przepisów, co zaprzecza zarzutom stawianym w odwołaniu. Izba nie stwierdziła również naruszenia zasad udzielania zamówień podnoszonych w odwołaniu.

Odwołujący natomiast nie wykazał, dlaczego określona przez Zamawiającego treść opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i wzoru umowy narusza przepisy ustawy Pzp, stawiając zarzut co do treści ww. dokumentów, która nie znajduje oparcia w stanie faktycznym. Zamawiający bowiem w treści ww. dokumentów nie ustanowił wymogu nakładającego na Specjalistę Technicznego świadczenia pomocy prawną, ani również nie ustanowił wymogu, aby wykonawcy będący spółkami prawniczymi świadczyli usługi niebędące usługami pomocy prawnej.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 pkt b) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……...