

WYROK
z dnia 17 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2012 r. przez wykonawcę **Kancelaria Radców Prawnych H. Goryszewski B. Nieszczerzewski Spółka Partnerska, ul. Czerniakowska 81/83 lok. 24, 00-957 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok,**

przy udziale wykonawcy **Kancelaria Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy, ul. Warszawska 107 lok. 3, 15-201 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Kancelarię Radców Prawnych H. Goryszewski B. Nieszczerzewski Spółka Partnerska, ul. Czerniakowska 81/83 lok. 24, 00-957 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Kancelarię Radców Prawnych H. Goryszewski B. Nieszczerzewski Spółka Partnerska, ul. Czerniakowska 81/83 lok. 24, 00-957 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pod nazwą „Obsługa prawna Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Białymstoku”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę niższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2012 r. nr 104818-2012 (dalej „Ogłoszenie o zamówieniu”).

W dniu 2 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **Kancelaria Radców Prawnych H. Goryszewski, B. Nieszczerzewski Spółka Partnerska, Ul. Czerniakowska 81/83 lokal 24, 00-957 Warszawa** (dalej „Odwołujący”) od

niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

- 1) niezgodnego z przepisami ustawy Pzp opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez sformułowanie pkt III. 3.2) Wiedza i doświadczenie Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) posiadania wiedzy i doświadczenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wykluczenia Odwołującego poprzez błędną ocenę przedmiotowej oferty dokonaną przez Zamawiającego i uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Doświadczenia świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, skutkującej wyborem jako najkorzystniejszej oferty Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Białymstoku (dalej „Kancelaria Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy”), mimo że Odwołujący wykazał spełnienie powyższego warunku i zaproponował najniższą cenę.

3

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wiedzy i doświadczenia w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zachowanie zasady uczciwej konkurencji równego traktowanie wykonawców oraz wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co w konsekwencji spowodowało ograniczenie dostępu do udziału w zamówieniu wykonawcom zdolnym do jego należytej realizacji,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert, pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego jako niespełniającego warunków w zakresie Doświadczenia świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o:

- 1) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przy jednoczesnym uznaniu, iż oferta Odwołującego spełnia wymogi określone w pkt III.3.2) Wiedza i doświadczenie Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) SIWZ, lub ewentualnie
- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie żądania spełnienia pkt III.3.2) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) SIWZ i dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem tego postanowienia,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadniając interes prawny, Odwołujący podnosił, iż w wyniku dokonania przez Zamawiającego ww. niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności, interes Odwołującego może doznać szkody. Działania Zamawiającego uniemożliwiły mu bowiem uzyskanie zamówienia, mimo, że wykazał posiadanie doświadczenia w zakresie świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC i zaoferował najniższą cenę. Gdyby Zamawiający działał w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp - oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący posiada więc interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w

4

wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem odrzucenie jego

oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący podnosił, iż w dniu 3 kwietnia 2012 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę prawną Zamawiającego. Wartość przedmiotowego zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 630.000 zł. Jedynym z kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena. Termin składania ofert wyznaczono na 11 kwietnia 2012 r. W wyznaczonym terminie zostały złożone 2 oferty, z których Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Kancelarię Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy i odrzucił ofertę Odwołującego, o czym poinformował Wykonawców faksem w dniu 27 kwietnia 2012 r.

W ocenie Odwołującego oferta złożona przez Kancelarię Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, bowiem jedynym kryterium wyboru ofert stanowiła cena a Wykonawca ten zaproponował cenę wyższą (614.016,00 zł brutto) niż Odwołujący się (598.000,00 zł brutto), przy czym Odwołujący był zdolny do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, co potwierdził w złożonej ofercie i załączonej do niej dokumentacji. Zamawiający, dokonując niejednoznacznego, nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz ograniczającego konkurencję przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisu przedmiotu zamówienia, w następstwie czego uznał, że Odwołujący nie wykazał posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem w/powołanych przepisów ustawy Pzp, tj. wbrew zasadom określonym w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zawartym w SIWZ, Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegającym na łącznym spełnieniu następujących warunków:

- a) świadczeniu stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy na rzecz organu administracji publicznej (rządowej lub samorządowej),
- b) świadczeniu stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy na rzecz podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w branży robót budowlanych,
- c) posiadaniu doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC,
- d) reprezentacji prawnej w min. 3 sprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą lub Sądem Okręgowym w sprawie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej,
- e) reprezentacji prawnej w min. 5 sprawach przed sądami administracyjnymi.

5

Odwołujący celem wykazania spełnienia powyższych warunków wypełnił stosowny formularz nr 3.2. Doświadczenie, wskazując prowadzone usługi prawne, czas ich trwania, sygnatury spraw, w których reprezentował Zleceniodawców wymagane doświadczenie, jak również przedłożył stosowne dokumenty (referencje ogólne, rekomendacje) zaświadczające, że powyższe usługi zostały wykonane należycie i w sposób satysfakcjonujący Zleceniodawców.

W związku z wezwaniem przez Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (pismo z dnia 17 kwietnia 2012 r., doręczone faksem w dniu 18 kwietnia 2012 r.) Odwołujący przedłożył dodatkowo referencje szczególne wystawione przez Zleceniodawców: Gminę Olecko, Miasto Suwałki, Powiat Olecki, Cenizin Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sebastiana Gawłasa, Andrzeja Ługowskiego, potwierdzające spełnienie warunków w zakresie reprezentacji prawnej w minimum 3 sprawach przed Izbą Odwoławczą lub Sądem Okręgowym w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz w minimum 5 sprawach przed sądami administracyjnymi oraz wskazujące, że powyższe usługi zostały wykonane należycie. Ponadto Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające, że posiada doświadczenie zawodowe w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC (rekomendacje z dnia 10 kwietnia 2012 r. Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie, Starostwa Powiatowego w Olecku, Miasta Suwałki).

Pismem z 27 kwietnia 2012 r., doręczonym faksem w tym samym dniu, Zamawiający

poinformował Odwołującego, że został wykluczony z postępowania, bowiem nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie Doświadczenia świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, a wskazując na referencje wystawione przez Prezydenta Suwałk i Starostę Powiatu Oleckiego nie potwierdził realizacji określonego zadania inwestycyjnego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Ponadto Zamawiający poinformował, że najkorzystniejszą ofertę złożyła Kancelaria Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy.

W ocenie Odwołującego się, w/wskazane czynności Zamawiającego zostały podjęte niezgodnie z ustawą Pzp.

Po pierwsze żądanie przez Zamawiającego referencji szczególnych jest naruszeniem zasad wynikających z ustawy Pzp oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w „Wykazie usług” oraz w referencjach złożonych wraz z tym wykazem. Referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza

6

sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzić jedynie, że usługi zostały zrealizowane. (...) Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego i zindywidualizowanego na potrzeby danego postępowania warunku udziału, a także by wynikał z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 744/11).

Odnosząc się do kwestii doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej, w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, Odwołujący podnosił, co następuje.

Z „Wykazu usług” załączonych do oferty Odwołującego bezsprzecznie wynika, że Odwołujący posiada rzeczne doświadczenie. Potwierdza to zarówno rodzaj podmiotów, które są przez niego obsługiwane, jak również załączone referencje. Obsługa prawna jednostek samorządu terytorialnego polega m.in. na udzielaniu pomocy prawnej w zakresie procesów inwestycyjnych realizowanych przez te podmioty, w tym inwestycji związanych z budową dróg, mostów czy sieci infrastruktury. W umowach dotyczących powyższych przedsięwzięć stosowane są klauzule wynikające z warunków kontraktowych FIDIC. Każdy z tych kontraktów jest przedmiotem analizy pod względem formalnym radcy prawnego prowadzącego obsługę z ramienia kancelarii. Ponadto, Odwołujący nabył stosowne doświadczenie wymagane przez Zamawiającego prowadząc obsługę Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie, gdzie świadczył pomoc prawną w postępowaniach przetargowych o znacznej wartości oraz prowadził doradztwo w zakresie procesu inwestycyjnego, m.in. w oparciu o procedury kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC (NSIP). Potwierdzają to załączone do niniejszego pisma referencje. Nie ma tu znaczenia okoliczność, że prowadzenie obsługi prawnej Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie zakończyło się 31 marca 2009 r., bowiem nabyte w tym zakresie doświadczenie jest kontynuowane przy świadczeniu pomocy prawnej dla jednostek samorządu terytorialnego. Należy zauważyć, że zgodnie z zapisem w SIWZ odnoszącym się do posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający stwierdza, że Wykonawca powinien posiadać doświadczenie zawodowe w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Nierozumiiałem jest więc, na jakiej podstawie Zamawiający żądał potwierdzenia realizacji zadania inwestycyjnego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Po pierwsze zapis w SIWZ nie wskazuje na konieczność podania konkretnego zadania inwestycyjnego, a jedynie mówi o doświadczeniu zawodowym w prowadzeniu obsługi prawnej tego typu inwestycji, po drugie radca

7

prawny/adwokat czy spółka prawnicza nigdy nie realizuje określonego zadania inwestycyjnego, bowiem to należy do zadań strony takiej inwestycji. Stąd też o ile

wykonywanie określonej usługi związanej z daną dziedziną można wykazywać w zakresie ostatnich kilku lat, o tyle posiadanie określonego doświadczenia zawodowego jest elementem o charakterze stałym, bowiem jeżeli wykonawca nabył doświadczenie w określonej dziedzinie, bezpodstawne jest kwestionowanie spełniania warunku posiadania doświadczenia zawodowego, nawet jeżeli z wykazu usług wynika, że prowadzenie obsługi prawnej danego podmiotu miało miejsce 3 lata i 11 dni przed upływem terminu składania ofert. Zdobytego doświadczenia nie można „odebrać lub przeciąć w czasie”. Raz nabyte może być tylko wzbogacane i rozwijane. W wyroku z dnia 7 kwietnia 2009 r. Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, sygn. akt III CA 88/09 podkreślił, że niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju usług. Podobne stanowisko zostało przedstawione w komentarzu A. Sołtysińskiej do art. 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (LEX, Komentarz do powołanego artykułu). Oznacza to, że Zamawiający obowiązany jest w sposób obiektywny i merytoryczny oceniać zdolność wykonawców do realizacji zamówienia, a nie jedynie w sposób formalny odrzucić tych, których dokumenty są niejasne lub zawierają pewne luki, mimo że w rzeczywistości dysponują oni prawidłowym potencjałem i doświadczeniem. Uwaga ta ma o tyle istotne znaczenie, że w niniejszym postępowaniu przetargowym kryterium wyboru ofert stanowi tylko i wyłącznie cena. Skoro więc Odwołujący wykazał posiadanie niezbędnego doświadczenia zawodowego i pozostałych wymaganych przez SIWZ warunków oraz zaproponował najniższą cenę - jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Inna decyzja Zamawiającego oznacza naruszenia podstawowych zasad ustawy Pzp, w świetle których zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami, z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzeczeniu z dnia 19 grudnia 2011r., sygn. akt KIO 2584/11, KIO uznała, że jeżeli Zamawiający nie doprecyzował niektórych kwestii w SIWZ, to wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest podstaw aby skutkami nieprecyzyjnego opisu sposobu opisu przedmiotu zamówienia obciążać wykonawców. W ocenie Odwołującego sam sposób określenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC może budzić zastrzeżenia w świetle w/powołanych zasad pzp. Sugeruje bowiem, że postępowanie przetargowe zostało przygotowane pod kątem podmiotu prowadzącego obecnie obsługę prawną Zamawiającego. Precyzując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach tak, aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania

zamówienia. Sformułowanie warunku związanego z warunkami kontraktowymi FIDIC budzi wątpliwości co do tych obiektywnych przesłanek.

Obsługę prawną mają prowadzić osoby posiadające uprawnienia radcy prawnego lub adwokata. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o radcach prawnych zawód radcy prawnego 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. Analogiczny zakres zawiera ustawa prawo o adwokaturze. Oznacza to, że od osób wykonujących te zawody wymaga się znajomości prawa i umiejętności jego stosowania w konkretnych okolicznościach, m.in. poprzez przygotowywanie projektów pism procesowych, umów czy analizy stanów faktycznych pod kątem obowiązującego stanu prawnego. Warunki kontraktowe FIDIC nie są powszechnie obowiązującymi normami prawa, co więcej nie dostarczają przepisów ani konkretnych kontraktów czy umów. Mają charakter wzorów warunków kontraktowych dla procesów inwestycyjno-budowlanych, które muszą być dostosowywane do wymogów przepisów prawa polskiego, w szczególności kodeksu cywilnego. To czy na ich podstawie zostanie sporządzony dobry kontrakt zależy od kompetencji osoby lub zespołu osób opracowujących, bowiem spośród licznych publikacji FIDIC należy wybrać wzór właściwy dla danego zadania i wymagający najmniejszych zmian i uzupełnień w kontekście prawa polskiego. Stąd też pierwszorzędym warunkiem w przypadku podmiotów stosujących wzory zawarte w publikacjach FIDIC jest bardzo dobra znajomość prawa polskiego. Bez tej wiedzy nie nastąpi odpowiednie dostosowanie wzorca do potrzeb konkretnego zadania oraz miejsca, w którym zadanie ma być realizowane. Z uwagi na różnorodność realizowanych inwestycji, nawet w zakresie określonej dziedziny, jak również

różnorodność materiałów FIDIC, opracowanie tekstu kontraktu na podstawie tych materiałów, może odbywać się za każdym razem w oparciu o inny wzorzec. Znajomość warunków kontraktowych FIDIC jest niczym innym jak umiejętnością dotarcia do określonej publikacji. Przy przygotowywaniu i realizacji inwestycji prowadzonych przez Zamawiającego kwestią istotniejszą jest raczej dobra znajomość uregulowań prawa polskiego i umiejętność stosowania go w praktyce. Ww. warunki kontraktowe nie zawierają postanowień, które są konieczne do stosowania w Polsce, a zatem nie stanowią wiedzy niezbędnej przy prowadzeniu obsługi prawnej inwestycji realizowanych przez Zamawiającego. Co więcej, językiem FIDIC jest język angielski, publikacje dostępne w Polsce stanowią więc tylko ich tłumaczenie.

Wobec powyższego nie kwestionując faktu, że Zamawiający podpisuje kontrakty, które w swojej treści w mniejszym bądź większym stopniu zawierają odpowiednio dostosowane wzorce FIDIC (bądź ich wybrane elementy), w ocenie Odwołującego podkreślanie konieczności posiadania doświadczenia zawodowego w tym zakresie, jest nadużyciem

9

naruszającym zasadę konkurencyjności i równego traktowania uczestników postępowania przetargowego oraz ma na celu doprowadzenie do wyboru oferty przedstawionej przez Wykonawcę, który obecnie wykonuje obsługę prawną Zamawiającego. On bowiem bez wątplenia w okresie ostatniego roku nabył doświadczenie zawodowe w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Dowodem na to jest okoliczność, że w zeszłorocznym postępowaniu przetargowym Zamawiający nie wprowadzał takiego warunku, mimo że rodzaj przedmiotu zamówienia i zakres świadczonych usług nie uległ zmianie (dowód: SIWZ z 2011 r.).

W praktyce wykorzystanie warunków kontraktowych FIDIC sprowadza się do umiejętności stworzenia projektu umowy. Wymaganie tej umiejętności w przypadku postępowania przetargowego na obsługę prawną jest więc zaskakujące, ponieważ umiejętność ta została wpisana w wykonywanie zawodu radcy prawnego czy adwokata. Formułując taki zapis Zamawiający nie zachował zasady adekwatności i proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego wymaga bogate orzecznictwo powstałe na tle art. 22 ustawy Pzp. Ustalane przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Nie może on przez to żądać od wykonawcy wykazania większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego i ludzkiego niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Tym samym kryteria nakreślone w żądaniu nie mogą być oderwane od specyfiki przedmiotu zamówienia oraz być ostrzejsze niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia (wyrok ZA/UZP z 5.05.2005, UZP/ZO/0-855/05, niepublikowany).

Końcowo należy podkreślić, że zgodnie z art. 5 ustawy Pzp usługi prawnicze należą do usług o charakterze niepriorytetowych, a zatem przy udzielaniu zamówienia na ich wykonywanie nie stosuje się w przepisów ustawy Pzp w zakresie określonym w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dotyczących obowiązku żądania wadium czy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Mimo to Zamawiający w piśmie z dnia 18 kwietnia 2012 r. wymaga od wykonawcy przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w zakresie reprezentacji prawnej. Żądanie to narusza to przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji stanowi próbę odrzucenia oferty spełniającej warunki udziału w przetargu i najkorzystniejszej cenowo, co jest niezrozumiałe w świetle zasad racjonalnej gospodarki finansowej, do której zobowiązane są podmioty wykorzystujące środki publiczne.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej zgodnej formalnie z postanowieniami specyfikacji, lecz oferty oferującej wykonanie zamówienia stosownie do wymagań opisanych przez Zamawiającego i najkorzystniejszej w

10

przyjętych kryteriach oceny. Taką ofertą była oferta Odwołującego, w stosunku do którego brak było podstaw do wykluczenia. Stąd też zdaniem Odwołującego niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący informował, iż kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 30 kwietnia 2012 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 2 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 4 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy (dalej także „Przystępujący”). Wykonawca wskazywał, iż interes przystąpienia do postępowania odwoławczego jest uzasadniony okolicznością, że oferta Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy złożona w postępowaniu, została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący kwestionuje ten wybór, żądając unieważnienia tej czynności, a także kwestionując wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą. Interes Przystępującego uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego Przystępujący przystępuje w niniejszym postępowaniu odwoławczym, wyraża się interesem w uzyskaniu przez Przystępującego zamówienia objętego postępowaniem, wskutek uprzedniego rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego - poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, opisując wymogi udziału wykonawców w postępowaniu wskazał na konieczność wykazania doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w następującym zakresie:

- 1) świadczenie stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy na rzecz organu administracji publicznej (rządowej lub samorządowej),
- 2) świadczenie stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy na rzecz podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w branży robót budowlanych,
- 3) posiadanie doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC,
- 4) reprezentacji prawnej w minimum 3 sprawach przed krajową Izbą odwoławczą lub Sędem Okręgowym w sprawie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej,
- 5) reprezentacji prawnej w minimum 5 sprawach przed sądami administracyjnymi.

11

Z uwagi na fakt, że sporne w niniejszym postępowaniu jest spełnienie przez Odwołującego jedynie warunku z punktu 3 (posiadanie doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowej FIDIC) Przystępujący wskazywał, iż ograniczy się w przystąpieniu do analizy tego warunku. Odwołujący, składając ofertę, wskazał, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu, a nadto wypełnił Formularz 3.2. stanowiący tabelę mającą opisywać doświadczenie, z której (w jej pozycji 6.) jednoznacznie wynika, że Odwołujący zakończył obsługę prawną podmiotu, co do którego wskazał, że realizował inwestycje w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC wcześniej, niż rozpoczął bieg 3-letni okres wymagany przez Zamawiającego w SIWZ (sporządzonej zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa). Obsługę tę zakończył 31 marca 2009 r., a termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał 11 kwietnia 2012 r.

Z uwagi na fakt, że oferta i załączone do niej dokumenty były ze sobą sprzeczne, Odwołujący wskazuje:

- 1) oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a jednocześnie,
- 2) z Formularza 3.2. (wypełnionego przez Odwołującego) jednoznacznie wynikało, że nie spełnił wymogu w zakresie FIDIC,
- 3) przedłożone referencje wystawione przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego z dnia 31 marca 2009 r. nie potwierdzały ani zakresu przedmiotowego (FIDIC), ani także wymaganych 3 lat przed upływem terminu składania ofert,

Zamawiający wystąpił do Odwołującego w trybie art. 26 ustawy Pzp o wyjaśnienie powyższych wątpliwości.

Odwołujący w piśmie z 23 kwietnia 2012 r. przedłożył ponownie oświadczenie Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego - tym razem wystawione dnia 10 kwietnia 2012 r., z którego wynika, że Odwołujący prowadził doradztwo w zakresie procesu inwestycyjnego (budowlanego), m.in. w oparciu o procedury kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC - referencje te jednak potwierdziły zakończenie współpracy w dacie 31 marca 2009 r., a zatem przed rozpoczęciem biegu 3-letniego okresu. Ponadto Odwołujący przedłożył nowe rekomendacje (Prezydenta Miasta Suwałk, Starosty Powiatu Oleckiego i Burmistrza Gminy Choroszcz), z których żadne nie potwierdzały posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Rekomendacje wskazywały jedynie, że Odwołujący (lub jego podwykonawca) zajmuje się redagowaniem projektów umów budowlanych opartych na warunkach klauzul kontraktowych FIDIC oraz świadczy

12

pomoc prawną w zakresie realizacji inwestycji prowadzonych na podstawie tak skonstruowanych umów. Wobec powyższego - w związku z niewykazaniem przez Odwołującego spełnienia jednego z warunków - Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, a jego ofertę uznał za odrzuconą.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) niezgodny z przepisami opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu
- 2) niezgodną z przepisami czynność wykluczenia Odwołującego.

Ad. 1) niezgodny z przepisami opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. SIWZ w przedmiotowym stanie faktycznym została opublikowana na stronie internetowej dnia 3 kwietnia 2012 r. - co jest bezsporne. Bezspornym jest także, że Odwołujący nie skorzystał z przysługujących mu uprawnień i nie złożył odwołania od opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ustawowym terminie. Co więcej, nie wystąpił także z wnioskiem w trybie art. 38 ustawy Pzp o ewentualne wyjaśnienie treści SIWZ. Dopiero po wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, Odwołujący usiłuje powoływać się na rzekome naruszenia, których na obecnym etapie postępowania nie może już skutecznie zakwestionować.

Tym niemniej z ostrożności Przystępujący podkreślał, co następuje:

1. Zamawiający realizuje swoje zadania poprzez sprawowanie zarządu drogami, w tym także poprzez realizację inwestycji drogowych.
2. Inwestycje te realizowane są przez Zamawiającego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Należy podkreślić, że nie chodzi o warunki równoważne warunkom kontraktowym FIDIC (cokolwiek miałyby to oznaczać - nie są to znaki towarowe, patenty lub pochodzenie w rozumieniu art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych, przy których można używać zwrotu „lub równoważne”)
3. FIDIC charakteryzuje się ściśle określonymi i sformalizowanymi procedurami postępowania wszystkich stron uczestniczących w procesie budowlanym - warunki kontraktowe stanowią bardzo obszerne zestawienia praw i obowiązków uczestników procesu inwestycyjnego, daleko odbiegające od klasycznych (nawet bardzo kazuistycznych) umów o roboty budowlane. Procedury te dotyczą między innymi:

13

trybu, formy i terminu zgłaszania przez strony wzajemnych roszczeń, oraz sposobu ich rozpatrywania, warunków i trybu dokonywania zmian w umowie i wielu innych. Ich gruntowna znajomość, a przede wszystkim doświadczenie w ich stosowaniu, jest niezbędne dla zapewnienia profesjonalnej obsługi prawnej podmiotu realizującego takie inwestycje. Nie wystarczy sporządzić umowę, która będzie powielala część

rozwiązań prawnych ujętych w danym rodzaju warunków kontraktowych FIDIC, ponieważ tylko udział (poprzez doradztwo prawne) w inwestycji realizowanej w pełnym zakresie w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC pozwala na zdobycie pełnego doświadczenia, wymaganego w niniejszym postępowaniu.

4. Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu wskazał na doświadczenie wyłącznie w takim zakresie, w jakim prowadzi swoją działalność i wykonuje powierzone ustawą zadania. Zamawiający poruszał się w granicach określonych art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a także rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”).

Ad. 2) niezgodna z przepisami czynność wykluczenia Odwołującego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, że w takim wypadku ustawodawca nie wskazuje na przesłankę „nie spełniają warunku”, lecz na przesłankę „niewykazania spełnienia warunku”. Na wykonawcę zatem ustawodawca składa ciężar udowodnienia spełnienia warunku, zwalniając Zamawiającego z obowiązku dążenia do tzw. prawdy obiektywnej. Powyższe pozostaje zbieżne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w opiniach prawnych na łamach Portalu Centralnego UZP, a także orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższymi wątpliwościami w zakresie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC Zamawiający wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności w ofercie wynikających z oświadczenia o spełnianiu warunków udziału oraz niepodleganiu wykluczeniu oraz z Formularza 3.2. (wskazującego de facto na rzeczony brak doświadczenia FIDIC w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert). Odwołujący nie usunął tych wątpliwości - w dalszym ciągu oferta zawierała wewnętrzną sprzeczność wynikającą z oświadczenia, formularza 3.2., a także złożonych rekomendacji. Przedłożone przez

14

Odwołującego dodatkowe (niewynikające z formularza 3.2.) rekomendacje także nie potwierdziły spełniania wymogu w zakresie FIDIC. Zdaniem Przystępującego na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący (podobnie jak inni wykonawcy) miał obowiązek spełnić warunek w postaci posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, nie zaś doświadczenia polegającego na redagowaniu projektów umów budowlanych opartych na klauzulach kontraktowych FIDIC. Tak ujęty zakres doświadczenia wskazuje, że - tytułem przykładu - Odwołujący, tworząc dotąd projekt umowy o roboty budowlane, mógł uwzględnić np. dwa postanowienia z tysięcy postanowień wynikających z FIDIC i w ten sposób „redagować projekty umów budowlanych opartych na warunkach klauzul kontraktowych FIDIC oraz świadczyć pomoc prawną w zakresie realizacji inwestycji (...) prowadzonych na podstawie tych umów” (cytat z rekomendacji złożonych w uzupełnieniu dokumentów przez Odwołującego).

Wynikający z treści uzasadnienia odwołania (brak wskazania w osnowie zarzutów) zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego „ppz” (bez wskazania konkretnego przepisu) poprzez „żądanie referencji szczególnych” jest niezrozumiały i nieuzasadniony bliżej przez Odwołującego. Zdziwienie budzi fakt, że to właśnie Odwołujący przedłożył rekomendacje sporządzone i podpisane przez zleceniodawców według jednego wzorca, w datach wskazujących na sporządzenie ich właśnie na użytek niniejszego postępowania, a Zamawiający w piśmie z dnia 18 kwietnia 2012 r. prosił o wyjaśnienie rozbieżności, nie zaś przedłożenie rekomendacji według z góry narzuconej treści. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów Prezesa Rady Ministrów w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 prawa zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został

dokonany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Nie ulega wątpliwości, że warunku posiadania doświadczenia w postaci realizacji usługi w określonym okresie nie spełni usługa zakończona wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert. „Na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego

15

oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ" (wyrok KIO z 9 marca 2012 r. KIO 400/12). W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek w zakresie posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowej FIDIC, pomimo wezwania skierowanego doń przez Zamawiającego.

Przystępujący wskazywał, iż nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Odwołujący znacznie większe znaczenie w odwołaniu przywiązuje jednak do kwestionowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (co nie może być przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego z uwagi na uchybienie terminowi do złożenia odwołania w tym zakresie) niż do będącej skutkiem niespełnienia przez Odwołującego opisanego warunku - czynności wykluczenia go z postępowania.

Mając powyższe na uwadze zdaniem Przystępującego odwołanie jako niezasadne winno zostać oddalone.

Przystępujący wskazywał, że kopie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały przedłożone Zamawiającemu i przesłane Odwołującemu.

W dniu 14 maja 2012 r. Zamawiający przesłał faksem odpowiedź na odwołanie (oryginał wpłynął 15 maja 2012 r.), w której wnosił o:

1. o oddalenie odwołania
2. o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania

W uzasadnieniu wskazywał, że Odwołujący w dniu 30 kwietnia 2012 r. doręczył Zamawiającemu odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę prawną Zamawiającego. Odwołujący zakwestionował opis warunków udziału w postępowaniu sformułowany w pkt III 3.2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2 SIWZ, podnosząc, iż w jego ocenie, jest on niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, co pozostawiać ma w sprzeczności z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zdaniem bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem kryteriów oceny ofert ujętych w SIWZ. Wskazując na przedmiotowe zarzuty, Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przy jednoczesnym uznaniu, że oferta odwołującego spełnia wymogi określone w pkt III 3.2 Wiedza i doświadczenie Ogłoszenia oraz 7.2.2. SIWZ, ewentualnie o unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie żądania spełnienia pkt III 3.2 Ogłoszenia oraz pkt.

16

7.2.2 SIWZ i dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem tego postanowienia oraz o zasądzenie od Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów, które dotyczą sformułowanych przez Zamawiającego

warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający podnosił, należy stwierdzić, że na obecnym etapie, nie mogą być one przedmiotem oceny KIO, albowiem upłynął termin ich podnoszenia w toczącym się postępowaniu. Zauważał, iż wypada przypomnieć, że stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp „Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”

Odwołujący w przewidzianym prawem terminie nie skorzystał z możliwości odwołania od treści SIWZ, zatem, obecnie podniesiony zarzut uznać należy za spóźniony. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd o niedopuszczalności praktyki zaskarżania przez wykonawców treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopiero wówczas, gdy efekt w postaci wyniku oceny ofert okaże się dla nich niekorzystny. Tytułem przykładu podawał wyrok z 30 listopada 2010 r. (KIO/UZP 2533/10), w którym zawarto następującą tezę: „Zauważyć należy, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy p.z.p. (tak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r.). Ustalono dla danego postępowania warunki i zasady obowiązują bezwzględnie zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności dotyczy to warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania przez wykonawców. Dlatego nie znajdują oparcia w przepisach ustawy Pzp twierdzenia odwołującego, iż posiada prawo kwestionowania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z powodu dokonania ich przez zamawiającego w oparciu o wadliwie skonstruowane wymaganie. Podkreślić należy, że wykonawcy, w tym odwołujący nie skorzystali z prawa do zaskarżenia treści warunku w ustawowym terminie. W ocenie Izby, nie do przyjęcia jest praktyka zaskarżania przez wykonawców treści warunku dopiero wówczas, gdy jego efekt w postaci wyniku oceny ofert, jest niekorzystny dla danego wykonawcy wnoszącego odwołanie. Postanowienia określające warunki udziału w postępowaniu, które nie zostały skutecznie podważone przez wykonawcę w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej, należy uznać za wiążące i nie podlegające zmianie po upływie terminu składania ofert.” Podobny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza zawarła

17

również w wyroku z 23 marca 2011 roku (KIO 527/11) wskazując, że „zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. odwołanie - w przypadku zamówień o wartości nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. - należy wnieść w terminie 5 dni od dnia powzięcia wiadomości o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Taką czynnością są postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu publikowanego, w tym przypadku w Biuletynie Zamówień Publicznych, oraz wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Po tym terminie nie jest możliwe skuteczne podnoszenie zarzutów odnoszących się do treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Ustawodawca nie po to przewidział w przepisach art. 38 ustawy Pzp czy też art. 180 ustawy Pzp możliwość zadawania pytań do treści SIWZ, bądź wnoszenia środków ochrony prawnej dotyczących jej treści, aby dopiero na etapie ogłoszenia o wynikach postępowania, w przypadku niekorzystnego dla siebie wyniku, podnosić zarzuty odnoszące się do treści SIWZ i wywodzić z tego niekorzystne dla siebie skutki prawne.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Zamawiającego, należy stwierdzić, że spóźnione są zarzuty, jakoby sformułowane przez Zamawiającego warunki wiedzy i doświadczenia uprawniające do udziału w postępowaniu, naruszały przepisy ustawy Pzp. Abstrahując wszakże od powyższego, Zamawiający z całą stanowczością kwestionuje, aby wymagania wobec wykonawców były nieproporcjonalne do zamówienia, niejednoznaczne, a także naruszały zasadę równego traktowania wykonawców i ograniczały konkurencję.

Zamawiający zauważał, że wypada przypomnieć, iż stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m. inn. posiadania wiedzy i doświadczenia.” Wiedzę i doświadczenie

wykonawcy w żądanym zakresie należy definiować jako potwierdzoną i ugruntowaną w praktyce umiejętność, wprawę, biegłość w wykonywaniu danego rodzaju zamówień. „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.” Stosownie do ust. 4 „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.”

Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (opinia UZP, www.uzp.gov.pl) „opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”. Przez proporcjonalność tego warunku do przedmiotu zamówienia należy zaś rozumieć jego adekwatność do osiągnięcia powyższego celu.

18

Odnosząc powyższe uwagi do niniejszej sprawy, w ocenie Zamawiającego nie można zgodzić się z prezentowanym przez Odwołującego poglądem, iż wymagania Zamawiającego odnośnie wiedzy i doświadczenia wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w przetargu, były nieadekwatne do celu, jakiemu służy przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający wskazywał, iż należy zauważyć, iż ze względu na specyfikę Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, która z jednej strony pełni funkcję urzędu państwowego, z drugiej zaś inwestora w zakresie budowy dróg publicznych, obsługa prawna tej instytucji wymaga wysokich i wyspecjalizowanych w określonych dziedzinach prawa, kwalifikacji zawodowych. Potrzebom Zamawiającego, przy uwzględnieniu zakresu i przedmiotu działalności GDDKiA, odpowiadają wszystkie sformułowane warunki udziału w postępowaniu, w tym doświadczenie w sprawach przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym, przed Krajową Izbą Odwoławczą, obsługa prawna podmiotów z branży budowlanej, obsługa prawna organu administracji państwowej, a wreszcie doświadczenie w zakresie obsługi prawnej inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Ten ostatni warunek jest szczególnie istotny z punktu widzenia adekwatnych dla potrzeb Zamawiającego kwalifikacjach zawodowych Wykonawcy. Wypada zauważyć, że tutejszy Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad realizuje kilkanaście inwestycji drogowych i mostowych w tym największe oparte na warunkach kontraktowych FIDIC. Od Wykonawców świadczących obsługę prawną Oddziału oczekuje się biegłej znajomości i doświadczenia w zakresie procedur stosowanych w FIDIC- u odnoszących się do m. in. takich zagadnień jak: tryby i terminy zgłaszania roszczeń, rozpatrywanie roszczeń wykonawców, zmian umów, zasad rozwiązywania sporów i wielu innych. Doświadczeniem takim stanowiącym, jak wyżej wskazano, potwierdzoną i ugruntowaną w praktyce umiejętność, wprawę i biegłość w tym zakresie, dysponować może tylko wykonawca, który w swojej praktyce zawodowej prowadził obsługę prawną jakiejś inwestycji opartej na warunkach FIDIC.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, iż wszystkie postawione warunki związane z oczekiwanym doświadczeniem i wiedzą wykonawców pozostają w pełni adekwatne i proporcjonalne do potrzeb Zamawiającego związanych z przedmiotowym zamówieniem i celem tego postępowania, jakim jest wytypowanie wykonawcy, który da rękojmię należytego świadczenia żądanych usług.

Zdaniem Zamawiającego zupełnie bezpodstawne są również zarzuty, jakoby warunki udziału w postępowaniu godziły w zasadę równego traktowania wykonawców, oraz uczciwą konkurencję. Warto przy tym zauważyć, że Odwołujący nie wskazał w jaki sposób, jego

19

zdaniem, do naruszenia tych zasad miało dojść, co w ocenie Zamawiającego, dowodzi, iż są to wyłącznie twierdzenia na użytek sprawy.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że sposób sformułowania w SIWZ warunku odnoszącego się do doświadczenia w zakresie FIDIC był

niejednoznaczny. Przeciwnie, z treści tego warunku wynikało wprost, że Zamawiający oczekuje, aby wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie obsługi prawnej konkretnej inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Wbrew twierdzeniom Odwołującego oczywiście nie chodzi tu o wymóg prowadzenia samej inwestycji, co nie należy do radców prawnych/adwokatów, ale świadczenia pomocy prawnej na rzecz którejś ze stron stosunku zobowiązaniowego opartego na warunkach FIDIC w przedmiocie dotyczącym danej inwestycji. Zdaniem Zamawiającego, zapis tego warunku jest jednoznaczny i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie daje pola do różnych interpretacji. Odwołujący przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie spełnił.

Należy zauważyć, że w wykazie wymaganego doświadczenia zawartego w formularzu 3.2 oferty Odwołujący wskazał, iż doświadczenie polegające na świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC zdobył w okresie od 01.10.2008 r. do 31.03.2009 r., świadcząc usługi na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie. Z załączonych do oferty referencji wynika fakt świadczenia usług we wskazanym okresie w ramach „NSIP”. W związku z okolicznością, że wskazana usługa realizowana była w okresie wcześniejszym aniżeli 3 lata przed złożeniem ofert, a referencje nie potwierdziły usług w ramach FIDIC tylko NSIP, który to skrót nie został wyjaśniony, Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień odnośnie posiadania doświadczenia w zakresie pomocy prawnej świadczonej na rzecz inwestycji realizowanej w oparciu o warunki FIDIC. W odpowiedzi Odwołujący przedłożył ponowne referencje z Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego wskazujące, że NSIP stanowi Program Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, który jest równoważny Warunkom Kontraktowym FIDIC. Przedłożył ponadto rekomendacje z Urzędu Miejskiego w Choroszczy, w Suwałkach i ze Starostwa Powiatowego w Olecku wskazujące, że w okresie ostatnich 3 lat zajmował się redagowaniem tekstów prawnych umów budowlanych opartych na warunkach klauzul kontraktowych FIDIC, zaś po ich podpisaniu - pomocą prawną w zakresie ich realizacji. W ocenie Zamawiającego, treść udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie potwierdziła spełnienia przez niego żądanego warunku doświadczenia w zakresie FIDIC-a. Znamienne jest, że Odwołujący, ani żadne z referencji wprost nie wskazały na inwestycję, w ramach której miała być świadczona usługa obsługi prawnej. Zamiast tego posłużono się

20

ogólnikowymi i niejednoznacznymi sformułowaniami w postaci „redagowania umów prawnych opartych o warunki klauzul kontraktowych FIDIC”. Należy w związku z tym wyjaśnić, że żądanie Zamawiającego nie dotyczyło wykorzystywania jakiś klauzul FIDIC, tylko obsługi prawnej inwestycji opartej na tych warunkach. Wątpliwości budzi wreszcie sama konstrukcja myślowa, której używa Odwołujący, wskazując na wykorzystywanie klauzul kontraktowych FIDIC. Istotą FIDIC - a nie są przecież, mówiąc kolokwialnie, klauzule - takie, czy inne, ale model kontraktu, w którym obok Zamawiającego i Wykonawcy występuje Inżynier, pełniący funkcję konsultanta Zamawiającego, a cały proces budowlany rozpisany jest na procedury, które podmioty te zobowiązane są stosować. Na marginesie można tylko dodać, że pomimo faktu iż, to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, z uwagi na budzącą wątpliwości treść wyjaśnień i referencji złożonych po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający skontaktował się z każdą z jednostek samorządu terytorialnego, na referencje których się powołało i ustalił, że żadna z nich w okresie ostatnich 5 lat nie realizowała inwestycji opartej na warunkach kontraktowych FIDIC.

Warunku udziału w postępowaniu nie spełnia również „obsługa inwestycji na warunkach równoważnych warunkom kontraktowym FIDIC”, skoro Zamawiający wprost możliwości takiej nie wyartykułował.

Pozbawione racji są również zawarte w odwołaniu twierdzenia, iż Zamawiający winien uwzględnić doświadczenie zdobyte wcześniej aniżeli przed trzema laty od daty złożenia oferty, albowiem ma ono charakter trwały. W odniesieniu do zaprezentowanej wykładni, wypada zauważyć, że wymóg, aby usługi świadczące o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, były świadczone w okresie ostatnich 3 lat wynika z rozporządzenia w sprawie

rodzaju dokumentów. Wykładnia proponowana przez Odwołującego nie może być w świetle powyższego zaakceptowana. Zamawiający stwierdzał, iż na marginesie wypada ponadto zwrócić uwagę, iż ww. rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów reguluje również kwestię rodzaju dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawcy w celu udokumentowania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, i również tym przepisom, wbrew zarzutom Odwołującego, Zamawiający uczynił zadość w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego, wobec faktu, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zasadnym było jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe odwołanie winno podlegać oddaleniu.

21

W dniu 15 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z 14 maja 2012 r., w którym stwierdzał, iż mając na uwadze pismo z dnia 4 maja 2012 r. zgłaszające przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy oraz zawartą w nim argumentację, Odwołujący podnosi, co następuje. W dniu 27 kwietnia 2012 r. Zamawiający pismem nr GDKiA-0/BI-ZR-/R-2-284-16/U/2012 „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” poinformował Odwołującego, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Doświadczenia świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. W tym zakresie Zamawiający zakwestionował usługę pomocy prawnej świadczonej na rzecz Zakładu Inwestycji i Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, bowiem nie była realizowana w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert i dotyczyła warunków kontraktowych równoważnych warunkom kontraktowym FIDIC, jak również referencje wystawione przez Prezydenta Miasta Suwałk i Starostę Powiatu Oleckiego jako niepotwierdzające realizację określonego zadania inwestycyjnego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Zdaniem Odwołującego należy zauważyć, że zapis SIWZ dotyczący powyższego warunku mówił, że wykonawca miał spełnić, m.in. warunek: „posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC” (pkt 7.2.2)c) SIWZ). Zgodnie z pkt 8.1.2. SIWZ w celu wykazania tego warunku należało wypełnić formularz 3.2. („Doświadczenie”) zawierający wykaz usług oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście. Odwołujący spełnił ten warunek, wskazując na doświadczenie zawodowe zdobyte podczas prowadzenia obsługi prawnej na rzecz Zakładu Inwestycji i Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, jak również na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, w tym Starostwa Powiatowego w Olecku i Miasta Suwałk. Wprawdzie omyłkowo nie wpisał do formularza, że usługi świadczone na rzecz ww. jednostek samorządu terytorialnego potwierdzają warunek posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, jednakże w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnił ten brak i przedłożył stosowne referencje z dnia 10 kwietnia 2012 r. wystawione przez Prezydenta Suwałk i Starostę Oleckiego. Tym samym wykazał doświadczenie zawodowe w powyższym zakresie. W ocenie Odwołującego Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł obowiązku wskazania konkretnego zadania inwestycyjnego realizowanego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Wykaz usług w przypadku radcy prawnego czy kancelarii prawniczej może dotyczyć jedynie prowadzenia obsługi prawnej określonego podmiotu, który realizuje inwestycje w oparciu o ww. warunki kontraktowe. Wymóg taki mógłby być więc stawiany tylko i wyłącznie podmiotom, które prowadzą tego typu inwestycje.

22

Odwołujący na etapie ogłoszenia treści SIWZ nie wnosił w tym zakresie zastrzeżeń, bowiem prosta analiza jej zapisów nie wskazywała na obowiązek wskazania realizacji określonego zadania inwestycyjnego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Skoro więc Zamawiający zakwestionował z tego powodu doświadczenie zawodowe Odwołującego, dowodzi to, że nie dokonał prawidłowego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem zasad

ustawy Pzp. Oczwistym jest też, że przy tak sformułowanym zapisie SIWZ tylko podmiot prowadzący obecnie obsługę prawną Zamawiającego, mógł wiedzieć, że doświadczenie zawodowe w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC oznacza konieczność wskazania określonego zadania inwestycyjnego. Chcąc doprowadzić do wyboru oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy, mimo że zaproponowała wyższą cenę, wymagał od Odwołującego wykazania spełnienia warunków, których SIWZ w rzeczywistości nie przewidywała. Warunek taki zostałby z pewnością zakwestionowany przez Odwołującego w trybie art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący, uzasadniając trafność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego, podkreśla, że „FIDIC charakteryzuje się ściśle określonymi i sformalizowanymi procedurami postępowania wszystkich stron uczestniczących w procesie budowlanym (...) daleko odbiegające od klasycznych (nawet bardzo kazuistycznych) umów o roboty budowlane. (...) Nie wystarczy sporządzić umowę, która będzie powielala część rozwiązań prawnych ujętych w danym rodzaju warunków kontraktowych FIDIC, ponieważ tylko udział (poprzez doradztwo prawne) w inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC pozwala na zdobycie pełnego doświadczenia, wymaganego w niniejszym postępowaniu (...) Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, wskazał na doświadczenie wyłącznie w takim zakresie, w jakim prowadzi swoją działalność i wykonuje powierzone ustawą zadania (...)”. Brzmi to bardzo przekonująco, jednakże nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach sprawy. Po pierwsze Zamawiający nie zawarł w SIWZ obowiązku wskazania konkretnego zadania inwestycyjnego realizowanego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, czego wymagał od Odwołującego, po drugie nie przeprowadzał i nie przeprowadza na dużą skalę inwestycji budowlanych opartych całościowo na FIDIC. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku w ostatnim czasie realizowała - dwie budowy w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC: 2 lata temu - Wasilków (Strabag) oraz obecnie Jeżewo (Mota-Engil i Strabag). W przypadku pozostałych inwestycji prowadzonych przez Zamawiającego wybierane są jedynie zapisy korzystne dla Zamawiającego. Tym samym nietrafiony jest argument o istotności doświadczenia poprzez

23

udział w inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC dla niniejszego postępowania.

Tym niemniej, Odwołujący posiada rzeczzone doświadczenie zawodowe i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Potwierdza to zarówno rodzaj podmiotów, które są obsługiwane przez Odwołującego, jak również dokumentacja postępowania przetargowego, w tym oświadczenie złożone w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz załączone referencje. Obsługa prawna jednostek samorządu terytorialnego polega m.in. na udzielaniu pomocy prawnej w zakresie procesów inwestycyjnych realizowanych przez te podmioty, w tym inwestycji związanych z procesami budowlanymi. W umowach dotyczących powyższych przedsięwzięć stosowane są klauzule wynikające z warunków kontraktowych FIDIC. Każdy z tych kontraktów jest przedmiotem analizy pod względem formalnym radcy prawnego prowadzącego obsługę z ramienia kancelarii.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż nabył stosowne doświadczenie wymagane przez Zamawiającego prowadząc obsługę Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, gdzie świadczył pomoc prawną w postępowaniach przetargowych o znacznej wartości oraz prowadził doradztwo w zakresie procesu inwestycyjnego, m.in. w oparciu o procedury kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC (NSIP). NSIP jest narzędziem NATO służącym do zaspokajania potrzeb w zakresie tworzenia niezbędnych zdolności wojskowych, których zapewnienie wykracza poza narodowe zasoby infrastruktury obronnej państw członkowskich. Jego fundamentalną zasadą jest to, że obejmuje on wyłącznie zadania zgrupowane w pakietach inwestycyjnych (CP), których realizowanie umożliwi dowódcom Sojuszu, zwykle szczebla strategicznego NATO, osiągnięcie podstawowych zdolności operacyjnych. Realizacja projektów inwestycyjnych zawartych w pakietach inwestycji NATO Capability Packages (CP) następuje m.in. poprzez wybór specjalistycznych firm konsultingowych pełniących funkcję inwestorów zastępczych,

przeprowadzanie postępowań przetargowych na wybór wykonawców robót i dostawców, nadzór nad realizacją inwestycji poprzez inwestorów zastępczych, rozliczanie inwestycji wg uregulowań narodowych i NATO (źródło: <http://www.ziotp.wp.mil.pl/>). Zadania te realizuje Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, a Odwołujący prowadząc obsługę prawną Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego brał udział (poprzez doradztwo prawne) w inwestycjach realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC. Program NSIP oparty jest na międzynarodowych regułach kontraktowych zawierających wszystkie elementy stosowane w procedurach kontraktowych FIDIC. Wynika to z faktu, że wdrażanie określonych pakietów inwestycyjnych (CP) polega na budowie określonych obiektów i związanej z nimi

24

infrastruktury, strategicznych z punktu widzenia obronności kraju i NATO. Przykładowo procesy inwestycyjne w ramach pakietu CP 2A0022, w których uczestniczył Odwołujący poprzez doradztwo prawne, dotyczyły m.in. budowy podziemnych zbiorników paliwowych, autocysternowych zbiorników nalewcznych, kolejowych systemów spustowo - nalewcznych, rurociągów technologicznych, instalacji zasilających, oświetleniowych, dróg wewnętrznych i ogrodzeń (składy paliwowe - mps) (dowód: wydruki ze strony internetowej <http://www.ziotp.wp.mil.pl/>)

W związku z powyższym, z uwagi na zakres przedmiotowy ww. pakietów inwestycyjnych, inwestycje realizowane przez Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego opierają się na regułach NSIP, które zawierają wszystkie elementy stosowane w FIDIC. NSIP są regułami funkcjonalnie i merytorycznie zbliżonymi do warunków kontraktowych FIDIC i co najważniejsze także dotyczą procesów inwestycyjnych. Stąd określenie ich jako równorzędne do warunków kontraktowych FIDIC. Udział poprzez doradztwo prawne w takich projektach i zdobyte przy tym doświadczenie, daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia również w przypadku inwestycji realizowanych przez Zamawiającego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Końcowo Odwołujący zauważał, iż należy podkreślić, że warunki kontraktowe FIDIC nie są powszechnie obowiązującymi normami prawa, co więcej nie dostarczają przepisów ani konkretnych kontraktów czy umów. Mają charakter wzorów warunków kontraktowych dla procesów inwestycyjno-budowlanych, które muszą być dostosowywane do wymogów przepisów prawa polskiego, w szczególności kodeksu cywilnego, prawa budowlanego, prawa zamówień publicznych. To, czy na ich podstawie zostanie sporządzony dobry kontrakt, zależy od kompetencji osoby lub zespołu osób opracowujących, bowiem spośród licznych publikacji FIDIC należy wybrać wzór właściwy dla danego zadania i wymagający najmniejszych zmian i uzupełnień w kontekście prawa polskiego (dowód:

- 1) kserokopia „FIDIC: Warunków Kontraktowych dla Budowy dla robót inżynieryjno - budowlanych projektowanych przez zamawiającego”,
- 2) kserokopia „FIDIC: Warunki kontraktowe dla urządzeń oraz projektowania budowy”,
- 3) kserokopia „FIDIC: Procedura przetargowa”,
- 4) kserokopia wniosku GDDKiA z dnia 25.08.2011 r. nr GDDKiA/DR/NS-I/A-2/S-K/229/11 do Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan wraz odpowiedzią z dnia 28.11.2011 r. nr PKPP/JM/689/2011.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podtrzymywał argumentację zawartą w odwołaniu i wnosił o jego uwzględnienie.

25

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na obsłudze prawnej

Zamawiającego.

Zamawiający w pkt III.3.2) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2. SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (IDW) wymagał:

„Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegającym na łącznym spełnieniu następujących warunków:

- a) świadczeniu stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy na rzecz organu administracji publicznej (rządowej lub samorządowej),
- b) świadczeniu stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy, na rzecz podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w branży robót budowlanych,
- c) posiadaniu doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC,
- d) reprezentacji prawnej w min. 3 sprawach przed krajową Izbą Odwoławczą lub Sądem Okręgowym w sprawie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej,
- e) reprezentacji prawnej w min. 5 sprawach przed sądami administracyjnymi”.

Zgodnie z pkt 8.1. SIWZ (IDW) na potwierdzenie spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt 7.2. IDW należy - pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp – złożyć wskazane oświadczenia i dokumenty. W pkt 8.1.2. SIWZ (IDW) wymieniono wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. („Doświadczenie”), przy czym zaznaczono, iż wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2 IDW. Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście. Formularz 3.2. Doświadczenie w kolumnie czwartej wskazywał, iż należało podać „Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2) IDW”. Wykazowi winny towarzyszyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług wymienionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W wykazie

26

załączonym przez Odwołującego do oferty podano 14 pozycji, przy czym na potwierdzenie warunku posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC podał tylko jedną usługę – w pkt 6 – usługa wykonywana na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, w rubryce „Informacje potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.2.2 IDW” podał „posiadanie doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC” oraz „wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie referencji ogólnych”. Określił termin wykonywania usługi 01.10.2008 – 31.03.2009. Załączył również list referencyjny z 28 marca 2011 r. o charakterze ogólnym, w której jako termin świadczenia obsługi określono październik 2008 do kwietnia 2009 r. Dodatkowo przedstawił pismo z 31 marca 2009 r., w którym zawarte były podziękowania za współpracę przy realizacji zadań w ramach NSIP. W treści wykazu Odwołujący powtórzył jedynie brzmienie warunku udziału w postępowaniu, nie uszczegółowił zakresu świadczonej pomocy prawnej ani nie wskazał w ramach jakiej inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC świadczył pomoc prawną. Podobnie referencje nie pozwalały na ustalenie zakresu świadczonej obsługi w kontekście powyższego warunku udziału w postępowaniu. Pozostałe usługi wykazane były dla potwierdzenia innych warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.2.2) SIWZ (IDW), co jednoznacznie wynikało z treści wykazu. W poz. 1 Odwołujący wskazał usługę świadczoną na rzecz Gminy Kowale Oleckie, w poz. 2 dla Starostwa Powiatowego w Olecku, w poz. 3 na rzecz Gminy Miasto Suwałki, w poz. 4 na rzecz Gminy Olecko, przy czym usługi te dotyczyły warunku świadczenia stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy organu administracji samorządowej (pkt 7.2.2) lit. a). W poz. 5 wskazano usługę w zakresie potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu pkt 7.2.2) lit. b) – świadczenie stałej obsługi prawnej przez okres co najmniej 6 miesięcy na rzecz podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w branży robót budowlanych. Poz. 7-14 odnosiły się do warunku określonego w pkt 7.2.2) lit. d) – wskazywały na doświadczenie w reprezentacji przed KIO, Sądem Okręgowym na skutek skargi na orzeczenie KIO, sądami

administracyjnymi. We wszystkich tych przypadkach Odwołujący wskazywał „wykazanie spełnienia warunku poprzez przedstawienie referencji ogólnych”. Załączone referencje istotnie miały charakter ogólny. Pismem z 18 kwietnia 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie doświadczenia Odwołującego w zakresie świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Zamawiający wskazywał, iż z przedstawionych referencji oraz Formularza 3.2. Doświadczenie wynika, że Odwołujący wykonywał usługę pomocy prawnej na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie od października 2008 r. do kwietnia 2009 r. (w Formularzu Doświadczenie data 31.03.2009 r.)

27

w ramach NSIP. Zamawiający podnosił, że w jego ocenie ww. usługa nie spełnia warunku posiadania m.in. doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Ponadto Zamawiający zwrócił się o złożenie referencji potwierdzających spełnienie warunków w zakresie reprezentacji prawnej w min. 3 sprawach przed KIO lub Sądem Okręgowym w sprawie skargi na orzeczenie KIO oraz w min. 5 sprawach przed sądami administracyjnymi. Zamawiający zauważał, iż z przedłożonych referencji ogólnych nie wynika, że Odwołujący prowadził sprawy podane w wykazie. Na końcu Zamawiający wskazał: „Prosimy o złożenie wyjaśnień lub dokumentów wraz z referencjami w terminie do dnia 24.04.2012 r.” W piśmie Odwołującego z 23 kwietnia 2012 r. stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego z 18 kwietnia 2012 r. Odwołujący przedstawił referencje szczególne z 10 kwietnia 2012 r. dotyczące reprezentacji prawnej. Odnosząc się natomiast do kwestii doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC przedłożył referencje z 10 kwietnia 2012 r. potwierdzające, że Odwołujący prowadził w okresie 01.10.2008 31-03.2009 r. obsługę prawną Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w zakresie pakietu inwestycji paliwowych objętego programem inwestycji organizacji traktatu północnoatlantyckiego w dziedzinie bezpieczeństwa NSIP. Wynikało z nich, że w ramach powyższego pakietu Odwołujący uczestniczył i prowadził doradztwo w postępowaniach przetargowych o znacznej wartości oraz prowadził doradztwo w zakresie procesu inwestycyjnego m.in. w oparciu o procedury kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC. Odwołujący w piśmie z 23 kwietnia 2012 r. wskazał, iż referencje te potwierdzają posiadanie przez niego doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w oparciu o warunki kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC. Dodatkowo załączył rekomendacje z 10 kwietnia 2012 r. Starostwa Powiatowego w Olecku, Miasta Suwałki i Gminy Choroszcz potwierdzające posiadanie przez odpowiednio Odwołującego i radcę prawnego Tomasza Onisko (Gmina Choroszcz) doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W rekomendacjach Starostwa Powiatowego w Olecku oraz Miasta Suwałki wskazywano, iż radca prawny Bogusław Nieszczerzewski prowadzący działalność w formie Kancelarii Radców Prawnych H. Goryszewski, B. Nieszczerzewski Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie w ramach obsługi prawnej zajmował i zajmuje się redagowaniem projektów umów budowlanych opartych na warunkach kontraktowych FIDIC oraz świadczył i świadczy pomoc prawną w zakresie realizacji inwestycji, m.in. inwestycji drogowych prowadzonych na podstawie tych umów. Referencje były tożsame w treści. Rekomendacja wystawiona przez Urząd Miejski w Choroszczy zaświadczała, iż radca prawny Tadeusz Onisko prowadzący działalność pod

28

nazwą Kancelaria Radcy Prawnego Tadeusz Onisko prowadzi obsługę prawną Gminy Choroszcz oraz jej jednostek organizacyjnych od marca 1999 r. (do roku 2008 działalność tę wykonywał w ramach Kancelarii Radców Prawnych Onisko & Kozioł s.c.) do dnia dzisiejszego. W ramach obsługi prawnej w zakresie prawa samorządowego zajmował się on także redagowaniem tekstów prawnych umów budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, zaś po podpisaniu tych umów – pomocą prawną w zakresie ich realizacji. W okresie ostatnich 3 lat, tj. od kwietnia 2009 r. sporządził co najmniej 6 wzorców umów w tym zakresie, które do dziś są wykorzystywane w Urzędzie Miejskim.

Zamawiający pismem z 27 kwietnia 2012 r. wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ uznał, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Doświadczenia świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Podnosił, iż usługa pomocy prawnej realizowana na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego nie była realizowana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert i wg oświadczenia Odwołującego obejmuje warunki równoważne warunkom kontraktowym FIDIC. W ocenie Zamawiającego przedstawione doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku Zamawiającego. Ponadto Odwołujący na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w ww. zakresie, wskazując na referencje ogólne wystawione przez Prezydenta Miasta Suwałk i Starostę Powiatowego w Olecku nie potwierdził realizacji określonego zadania inwestycyjnego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Potwierdzenie przez Odwołującego realizacji inwestycji w oparciu o umowę tworzoną z wykorzystaniem klauzul kontraktowych FIDIC nie jest zdaniem Zamawiającego realizacją inwestycji w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy z uwagi na spełnienie przez tego wykonawcę przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, protokół postępowania, ofertę Odwołującego, pismo Zamawiającego z 18 kwietnia 2012 r. skierowane do Odwołującego, odpowiedź Odwołującego z 23 kwietnia 2012 r. wraz z załącznikami, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego z 27 kwietnia 2012 r., odwołanie,

29

przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo Odwołującego z 14 maja 2012 r. wraz z załącznikami, wykaz kontraktów realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktu wg FIDIC złożony przez Zamawiającego, potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie pism: pismo Starostwa Powiatowego w Olecku z 11 maja 2012 r. informujące, że Powiat Olecki w okresie ostatnich 5 lat nie realizował inwestycji budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, pismo Zamawiającego z 9 maja 2012 r. do Starostwa Powiatowego w Olecku z prośbą o podanie informacji, czy w Powiat Olecki w okresie ostatnich 5 lat realizował inwestycje budowlane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC z podaniem daty zawartej umowy i nazwy realizowanych zadań (wraz z potwierdzeniem nadania pisma faksem), pismo Urzędu Miejskiego w Suwałkach Wydział Inwestycji z 14 maja 2012 r. informujące, że Miasto Suwałki w okresie ostatnich 5 lat nie realizowało inwestycji budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, pismo Zamawiającego z 9 maja 2012 r. do Urzędu Miejskiego w Suwałkach z prośbą o podanie informacji, czy Urząd Miejski w okresie ostatnich 5 lat realizował inwestycje budowlane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC z podaniem daty zawartej umowy i nazwy realizowanych zadań (wraz z potwierdzeniem nadania pisma faksem), pismo Urzędu Miejskiego w Choroszczy z 14 maja 2012 r. informujące, że Urząd Miejski w Choroszczy w okresie ostatnich 5 lat nie realizował inwestycji budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, pismo Zamawiającego z 9 maja 2012 r. do Urzędu Miejskiego w Choroszczy z prośbą o podanie informacji, czy Urząd Miejski w okresie ostatnich 5 lat realizował inwestycje budowlane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC z podaniem daty zawartej umowy i nazwy realizowanych zadań. Izba nie uwzględniła wniosków Odwołującego o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków wskazanych przez Odwołującego tj. 1) osób podpisujących odpowiednio rekomendacje z 10 kwietnia 2012 r. oraz przedłożone przez Zamawiającego pisma potwierdzające, że Powiat Olecki, Miasto Suwałki ani Urząd Miejski w Choroszczy nie prowadziły inwestycji budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC na okoliczność wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią rekomendacji oraz ww. pism w zakresie doświadczenia Odwołującego oraz rozumienia FIDIC, 2) osoby podpisujące przedłożony przez Zamawiającego wykaz kontraktów realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktu wg FIDIC złożony przez

Zamawiającego na okoliczność sporządzenia tego wykazu w szczególności w zakresie pkt 6 oraz na okoliczność, dlaczego w poprzednim postępowaniu na obsługę prawną nie wymagano znajomości reguł FIDIC i przesłanek zmiany w tym zakresie w obecnym postępowaniu, 3) wskazanych przez Odwołującego osób występujących w imieniu Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego na okoliczność dokonanej w rekomendacji z 10 kwietnia 2012 r. wykładni sformułowania warunków równoważnych warunkom kontraktowym FIDIC, uznając, że przeprowadzenie powyższych dowodów jest zbędne z punktu widzenia rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania i dowody powołane

30

zostały jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Zdaniem Izby w odniesieniu do pkt 1) pomiędzy rekomendacjami z 10 kwietnia 2012 r. a pismami przedłożonymi przez Zamawiającego w istocie nie zachodzi rozbieżność, gdyż zawierają one odmienną treść – rekomendacje nie stwierdzają, że Odwołujący świadczył obsługę prawną w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, nie potwierdzają zatem tym samym, iż takie inwestycje przez Starostwo Powiatowe w Olecku, Miasto Suwałki, Gminę Choroszcz były realizowane. W odniesieniu do pkt 2) teza dowodowa przywoływana przez Odwołującego w ocenie Izby pozostaje bez znaczenia dla oceny zasadności odwołania, a ponadto Zamawiający w drodze oświadczenia do protokołu wskazał na przyczyny zmiany treści wymogu. W odniesieniu do pkt 3) zdaniem Izby sposób wykładni użytego w rekomendacjach sformułowania „warunki równoważne warunkom FIDIC” pozostaje irrelevantny dla oceny zasadności odwołania. Izba nie uwzględniła także wniosku o pominięcie wykazu kontraktów realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, uznając, iż nie jest on oświadczeniem woli, dla którego wymagane jest zachowanie zasad reprezentacji, lecz ma walor czysto informacyjny, stanowi oświadczenie wiedzy.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut ujęty w pkt 1 odwołania tj. niezgodny z przepisami ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez sformułowanie pkt III. 3.2) Wiedza i doświadczenie Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) posiadania wiedzy i doświadczenia SIWZ w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (Odwołujący sprecyzował, iż powyższe przepis został powołany błędnie i powinno być art. 22 ust. 1-3 ustawy Pzp) jest spóźniony. Jego podnoszenie na obecnym etapie postępowania po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za dokonane po terminie. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp 5-dniowy termin do wniesienia odwołania wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia biegnie od zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, co miało miejsce 3 kwietnia 2012 r. (okoliczność bezsporna) i od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania w tym zakresie. Odwołanie zostało zatem wniesione po upływie terminu przewidzianego w ustawie Pzp do kwestionowania postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, co wypełnia przesłankę o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zarzuty podniesione w odwołaniu po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę (np. wyrok KIO z 1 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1545/11). Izba podziela w tym zakresie stanowisko przywoływane w

31

odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wyrażone w wyroku KIO z dnia 30 listopada 2010 r. (KIO/UZP 2533/10): „Zauważyć należy, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Pzp. (tak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r. sygn. akt V Ca 398/05). Ustalono dla danego postępowania warunki i zasady obowiązujące bezwzględnie zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności dotyczy to warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania przez wykonawców. Dlatego nie znajdują oparcia w przepisach ustawy Pzp twierdzenia odwołującego, iż posiada prawo kwestionowania czynności oceny ofert i wyboru

oferty najkorzystniejszej, z powodu dokonania ich przez zamawiającego w oparciu o wadliwie skonstruowane wymaganie. Podkreślić należy, że wykonawcy, w tym odwołujący nie skorzystali z prawa do zaskarżenia treści warunku w ustawowym terminie. W ocenie Izby, nie do przyjęcia jest praktyka zaskarzania przez wykonawców treści warunku dopiero wówczas, gdy jego efekt w postaci wyniku oceny ofert, jest niekorzystny dla danego wykonawcy wnoszącego odwołanie. Postanowienia określające warunki udziału w postępowaniu, które nie zostały skutecznie podważone przez wykonawcę w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej, należy uznać za wiążące i nie podlegające zmianie po upływie terminu składania ofert". Nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż brak było podstaw do składania odwołania na wcześniejszym etapie postępowania, gdyż dopiero w trakcie dalszego postępowania okazało się, że treść warunku poprzez jej określoną interpretację przez Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp. Odwołujący znał treść warunku, nie podlegała ona żadnym zmianom ani wyjaśnieniom. Jeżeli zatem oceniał, tak jak argumentuje w odwołaniu, iż powyższy warunek nie opiera się na obiektywnych przesłankach, lecz faworyzuje podmiot aktualnie świadczący obsługę prawną na rzecz Zamawiającego, winien był na drodze dostępnych mu w tym zakresie środków ochrony prawnej powyższy wymóg kwestionować. Nie sposób zatem uznać, że Odwołujący dopiero na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej mógł ocenić konsekwencje płynące z treści warunku oraz dopiero wówczas w oparciu o wykładnię treści warunku dokonaną przez Zamawiającego powziął wiadomość, iż treść warunku i sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu narusza przepisy ustawy Pzp w zakresie przywołanym w odwołaniu. Nie jest zatem dopuszczalne zadośćuczynienie żądaniu Odwołującego nakazania

w zakresie spełnienia warunku unieważnienia czynności Zamawiającego

żądania

określonego w pkt III.3.2) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) SIWZ i dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem tego postanowienia. Należy jednak podkreślić, iż treść warunku oraz sposób wykładni tej treści przez Zamawiającego w procedurze badania i oceny ofert podlega ocenie przez Izbę z punktu widzenia zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa niejasne,

32

niejednoznaczne czy pozwalające na różną wykładnię postanowienia SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawców. Gospodarzem postępowania jest Zamawiający, wykonawcy działają w zaufaniu do niego i nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nie dość precyzyjnego ustalenia treści SIWZ. O ile zatem interpretacja SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, którzy działali w zaufaniu do Zamawiającego. Tym samym przedmiotem oceny Izby w zakresie weryfikacji prawidłowości czynności wykluczenia z postępowania jest również ocena, czy sposób sformułowania warunku dopuszczał taką jego interpretację, aby uznać, że doświadczenie wykazane przez Odwołującego jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wymogu Zamawiającego. Izba nie stwierdziła innych przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został od niego uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Uwzględniając powyższe, w pozostałym zakresie (tj. zarzutu określonego w pkt 2 odwołania) Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Został wykluczony z postępowania, w którym złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium - cena). Tym samym potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu określonego w pkt 2 odwołania, tj. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wykluczenia Odwołującego poprzez błędną ocenę jego oferty dokonaną przez Zamawiającego i uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Doświadczenia „świadczania pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w

oparciu o warunki kontraktowe FIDIC", skutkującej wyborem jako najkorzystniejszej oferty Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy, mimo że Odwołujący wykazał spełnienie powyższego warunku i zaproponował najniższą cenę, Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny. Zgodnie z pismem Zamawiającego przekazanym Odwołującemu 27 kwietnia 2012 r. został on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Doświadczenia „świadczona pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC”. Zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie

33

później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp lub brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia przesunięty został na wykonawcę. Powyższej regulacji odpowiada treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, zatem że: „Wykluczenie obejmuje więc dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków”. (tak *Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz art. 24 ustawy Pzp, LEX 2010*). Tym samym to nie Zamawiający ma wykazać, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, lecz wykonawca winien wykazać, że warunki te spełnia.

Odwołujący podkreślał zarówno w toku rozprawy jak i w piśmie z 14 maja 2012 r., że pismo Zamawiającego z 18 kwietnia 2012 r. uznawał za wezwanie do uzupełnienia dokumentów w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. O powyższym wnioskował z końcowego sformułowania pisma „Prosimy o złożenie wyjaśnień lub dokumentów wraz z referencjami w terminie do dnia 24.04.2012 r.”, zgodnie z którym potwierdzenie spełnienia kwestionowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do posiadania doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC może nastąpić alternatywnie do wyjaśnień przez przedstawienie dokumentów potwierdzających spełnienie powyższego warunku. Podobne stanowisko zajmował Zamawiający. Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu prawidłowości dokonanego wezwania, co więcej podkreślał, iż w oparciu o pismo z 18 kwietnia 2012 r. mógł przedstawić dokumenty potwierdzające spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu.

34

Uwzględniając powyższe zgodne stanowiska Stron oraz biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący jako podmiot profesjonalnie zajmujący się doradztwem prawnym w szerszym zakresie niż przeciętnie władny jest ocenić znaczenie i charakter danego pisma pomimo braku literalnego przywołania w nim określonej podstawy prawnej, co znajduje potwierdzenie w jego jednoznacznym oświadczeniu, Izba okoliczność, iż uzupełnienie dokumentów dokonane wraz z pismem Odwołującego z 23 kwietnia 2012 r. nastąpiło w oparciu o wezwanie Zamawiającego w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uznała za bezsporną.

Odnosząc się do powyższego doświadczenia zdaniem Izby stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określony w sekcji III.3.2) lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW). Odwołania w dalszej części uzasadnienia do warunku z pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW) jest tożsame z odwołaniem się treści warunku określonego w sekcji III.3.2) lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący w odwołaniu zarzucał niezasadne żądanie od niego przez Zamawiającego referencji szczegółowych, podczas gdy referencje nie służą potwierdzaniu warunku udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzić jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Odwołujący zauważał, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego i zindywidualizowanego na potrzeby danego postępowania warunku udziału, a także by wynikał z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji. Zdaniem Izby podkreślić należy, iż powyższy zarzut prezentowany przez Odwołującego w treści odwołania nie został przez niego uzasadniony poprzez szczegółowe odniesienie do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Co więcej sprzeczny jest on z treścią przedłożonego przez Odwołującego w ofercie Formularza 3.2., gdzie Odwołujący, wskazując na sposób potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwoływał się do załączanych do wykazu referencji (ogólnych). Ponadto z treści referencji przedłożonych przez Odwołującego wraz z pismem z 23 kwietnia 2012 r. jednoznacznie wynika ich powiązanie z niniejszym postępowaniem oraz celem potwierdzenia warunku doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW), na co słusznie zwracał uwagę Przystępujący. Rekomendacje opatrzone są tą samą datą, zawierają identyczną (rekomendacje Starostwa Powiatowego w Olecku i Miasta Suwałki) lub zbliżoną (rekomendacje Urzędu Miejskiego w Choroszczy) do siebie treść. Znamienne jest, iż w żadnej z nich nie posłużono się sformułowaniem świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC (choć na potwierdzenie tego warunku

35

zostały przedstawione - tak jednoznacznie w treści pisma z 23 kwietnia 2012 r.), lecz odniesieniami do doświadczenia w sporządzaniu/redagowaniu umów na roboty budowlane z uwzględnieniem klauzul kontraktowych FIDIC, a następnie w doradztwie w związku z realizacją tych umów. W żadnej z tych rekomendacji nie skonkretyzowano zadania inwestycyjnego, w związku z którym świadczona była pomoc prawna. Z prezentowanej argumentacji wynika, iż Odwołujący kwestionuje stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z 27 kwietnia 2012 r., że, wskazując na referencje ogólne wystawione przez Prezydenta Miasta Suwałk i Starostę Powiatowego w Olecku, Odwołujący nie potwierdził realizacji określonego zadania inwestycyjnego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, co należy odczytywać jako równoznaczne z niepotwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby z powyższego nie wynika, aby oczekiwaniem Zamawiającego było przedłożenie referencji szczegółowych o określonej treści. W ocenie Izby Zamawiający stwierdzał jedynie, iż oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów uznał, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał tej oceny w oparciu o dokumenty przedłożone przez Odwołującego po wezwaniu pismem z dnia 18 kwietnia 2012 r. Na słuszność powyższego stanowiska zdaje się zresztą wskazywać sam Odwołujący w piśmie z 14 maja 2012 r., podnosząc, iż: "Należy zauważyć, że zapis SIWZ dotyczący powyższego warunku mówił, że wykonawca miał spełnić, m.in. warunek: „posiadania *doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC*" (pkt 7.2.2)c) SIWZ). Zgodnie z pkt 8.1.2. SIWZ w celu wykazania tego warunku należało wypełnić formularz 3.2. („Doświadczenie”) zawierający wykaz usług oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście. Odwołujący spełnił ten warunek wskazując na doświadczenie zawodowe zdobyte podczas prowadzenia obsługi prawnej na rzecz Zakładu Inwestycji i Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego), jak również na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, w tym Starostwa Powiatowego w Olecku i Miasta Suwałk. Wprawdzie omyłkowo nie wpisał do formularza, że usługi świadczone na rzecz ww. jednostek samorządu terytorialnego

potwierdzają warunek posiadania doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, jednakże w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnił ten brak i przedłożył stosowne referencje z dnia 10 kwietnia 2012 r. wystawione przez Prezydenta Suwałk i Starostę Oleckiego. Tym samym wykazał doświadczenie zawodowe w powyższym zakresie". Uwzględniając powyższe stanowisko Odwołującego, stwierdzić należy, iż dokonana przez Zamawiającego ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC z uwzględnieniem dotychczasowego wykazu (Formularz 3.2.)

36

uzupełnionego pismem Odwołującego z 23 kwietnia 2012 r. wraz z załączonymi do niego rekomendacjami była zgodna z intencją Odwołującego. W istocie zatem w ocenie Izby podnoszony przez Odwołującego zarzut sprowadza się nie tyle do nieuzasadnionych żądań Zamawiającego odnośnie treści referencji, co wymaganego przez Zamawiającego zakresu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, tj. czy Odwołujący, wykazując spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, był zobligowany podać konkretne zadanie inwestycyjne realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w ramach którego świadczył pomoc prawną, czy też mógł poprzestać na ogólnych sformułowaniach bez precyzowania zadania inwestycyjnego. Odwołujący podnosił, iż taki wymóg (określenia zadania inwestycyjnego) nie wynikał z treści SIWZ, a ponadto w przypadku radcy prawnego czy kancelarii prawnej wymóg ten może dotyczyć jedynie obsługi prawnej określonego podmiotu, który realizuje inwestycje w oparciu o ww. warunki kontraktowe. Jego zdaniem wymóg taki mógłby być więc stawiany tylko i wyłącznie podmiotom, które prowadzą tego typu inwestycje. Podnosił także, iż oczywistym jest, że przy tak sformułowanym wymogu tylko podmiot aktualnie prowadzący obsługę prawną Zamawiającego mógł wiedzieć, że doświadczenie zawodowe w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC oznacza konieczność wskazania określonego zadania inwestycyjnego. Zdaniem Izby dla ustosunkowania się do tak określonych zarzutów niezbędne jest zatem dokonanie wykładni spornego warunku zawartego w pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW). Jak było to już wskazane, sporny warunek został sformułowany jako „posiadanie *doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC*". W ocenie Izby wynika z niego w sposób jednoznaczny, iż aby w prawidłowy sposób potwierdzić posiadanie wymaganego doświadczenia koniecznym jest wskazanie zadania inwestycyjnego realizowanego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w ramach którego wykonawca świadczył pomoc prawną. Zdaniem Izby całkowicie niezrozumiały jest wniosek Odwołującego, jakoby Zamawiający żądał od wykonawcy potwierdzenia realizacji zadania inwestycyjnego, podczas gdy obsługa prawna nigdy nie realizuje określonego zadania inwestycyjnego, gdyż to należy do zadań strony takiej inwestycji. Abstrahując od okoliczności, iż powyższy wniosek w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia na obsługę prawną, jest całkowicie nieracjonalny, gdyż warunki kontraktowe FIDIC odnoszą się do realizacji inwestycji budowlanych a nie świadczenia pomocy prawnej, to nie znajduje on oparcia w literalnej wykładni treści spornego wymogu. Pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW) wyraźnie bowiem odnosi się do doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Tym samym to inwestycja ma być realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Sformułowanie "w ramach inwestycji" oznacza po prostu "w zakresie inwestycji", "w odniesieniu do inwestycji", „w przedmiocie inwestycji”. Wykonawca winien

37

zatem wykazać, iż świadczył pomoc prawną na rzecz któregośkolwiek uczestnika inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Zdaniem Izby literalne brzmienie tego warunku nie pozwala na wykładnię prezentowaną przez Odwołującego. Co do zakresu informacji, jaki winien podać wykonawca dla wykazania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu, warto odwołać się do treści SIWZ. Zgodnie z pkt 8.1. SIWZ (IDW) na potwierdzenie spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt 7.2. IDW należy - pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp – złożyć wskazane oświadczenia i dokumenty. W pkt 8.1.2. SIWZ (IDW) wymieniono wykaz usług w zakresie

niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. („Doświadczenie”), przy czym zaznaczono, iż wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2 IDW. Z kolei Formularz 3.2. Doświadczenie w kolumnie czwartej wskazywał, iż należało podać „Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2) IDW”. W pkt 7.2.2) lit.a-e Zamawiający zawarł odrębne wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia, które należało spełnić łącznie. Równocześnie jednak ocena, czy wykonawca spełnia każdy z postawionych wymogów winna być dokonana odrębnie dla każdego z warunków. Wykonawca powinien zatem dokonać takiej prezentacji doświadczenia, aby Zamawiający był w stanie ocenić spełnienie danego wymogu oraz adekwatność wykazywanego doświadczenia. W ocenie Izby w żadnym razie nie można uznać za wystarczające powtórzenie treści danego warunku bez wskazania okoliczności uzasadniających wykazanie danej usługi dla potwierdzenia jego spełnienia. Nie sposób podzielić też stanowiska Odwołującego, iż rodzaj podmiotów obsługiwanych przez niego oraz załączone referencje potwierdzają spełnienie warunku. Odwołujący podnosił, iż obsługa prawna jednostek samorządu terytorialnego polega m.in. na udzielaniu pomocy prawnej w zakresie procesów inwestycyjnych realizowanych przez te podmioty, w tym inwestycji związanych z budową dróg, mostów czy sieci infrastruktury. W umowach dotyczących powyższych przedsięwzięć stosowane są klauzule wynikające z warunków kontraktowych FIDIC. W ocenie Izby powyższe stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie. Świadczenie obsługi prawnej na rzecz określonej kategorii podmiotów, które w ramach umów na prowadzone przez siebie inwestycje wykorzystują klauzule FIDIC, nie potwierdza jeszcze posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Taka okoliczność winna jednoznacznie wynikać z dokumentów przedkładanych przez wykonawcę. W ocenie Izby przy takim sformułowaniu warunku z pkt 7.2.2) lit. c) wykazanie jego spełnienia nie mogło sprowadzać się do powtórzenia treści warunku z zaznaczeniem, iż referencje ogólne stanowią wykazanie tegoż warunku (tak uczynił Odwołujący w treści wykazu w poz. 6), czy też poprzez arbitralne stwierdzenie, iż załączone referencje potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu

38

w zakresie objętym pkt 7.2.2) lit. c), podczas gdy ich treść odbiega od treści warunku. W ocenie Izby wymóg podania informacji niezbędnych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do pkt 7.2.2) lit. c) obejmuje wskazanie zadania inwestycyjnego, które wykonawca kwalifikuje jako realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC i w ramach którego świadczył pomoc prawną. Tylko w ten sposób Zamawiający jest władny ocenić rzeczywiste spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z zasadą równości podmiotów i zachowaniem uczciwej konkurencji. Odnosząc się do stanu faktycznego niniejszej sprawy, w istocie bez znaczenia było, czy nastąpi to w wykazie czy w referencjach przedłożonych przez Odwołującego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Istotne, aby była to okoliczność weryfikowalna dla Zamawiającego. Tym samym Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego o braku wiedzy w zakresie konieczności wskazania konkretnego zadania inwestycyjnego dla wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby jest to najbardziej oczywisty a zarazem obiektywny sposób wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW). Ponadto znamienne jest, iż Odwołujący wcale nie zarzucał Zamawiającemu, iż, dokonując wykluczenia Odwołującego, zaniechał przeprowadzenia stosownych wyjaśnień co do zakresu posiadanego w tej mierze doświadczenia. Także w toku postępowania przed Izbą nie wskazał w sposób jednoznaczny skonkretyzowanego zadania inwestycyjnego realizowanego w oparciu o klauzule kontraktowe FIDIC. Odwołujący prezentował natomiast odmienną od Zamawiającego wykładnię przedmiotowego warunku również co do zakresu sformułowania "pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC" uznając, iż redagowanie projektów umów budowlanych opartych na warunkach kontraktowych FIDIC oraz świadczenie pomocy prawnej w zakresie inwestycji realizowanych na podstawie tych umów jest tożsame ze świadczeniem pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Odwołujący prezentował na rozprawie stanowisko, iż wykorzystanie na potrzeby sporządzenia umowy o roboty budowlane choćby jednej klauzuli kontraktowej FIDIC (a w przygotowywanych przez niego umowach, jak podnosił, klauzule te były uwzględniane w znacznie szerszym zakresie) jest wystarczające dla uznania, iż inwestycja jest realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Odwołujący podkreślał bowiem, że

w jego opinii w praktyce wykorzystanie warunków kontraktowych FIDIC sprowadza się do umiejętności stworzenia projektu umowy. Izba nie podziela powyższego stanowiska. Zdaniem Izby wymóg Zamawiającego nie dotyczył wykorzystania takich czy innych klauzul FIDIC, lecz obsługi prawnej inwestycji opartej na tych warunkach. W ocenie Izby słusznie zauważał Zamawiający, iż istotą FIDIC jest określony model kontraktu, w którym obok Zamawiającego i Wykonawcy występuje Inżynier, pełniący funkcję konsultanta Zamawiającego, a cały proces budowlany rozpisany jest na procedury, które podmioty te

39

zobowiązane są stosować. Należy także podkreślić, iż interpretacja spornego warunku nie budziła wątpliwości także podmiotów wystawiających rekomendacje z 10 kwietnia 2012 r., które w pismach przedstawionych przez Zamawiającego jednoznacznie potwierdziły, iż nie realizowały inwestycji w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Oznacza to zatem, iż także dla wystawców rekomendacji inwestycja realizowana na podstawie umowy zredagowanej z wykorzystaniem klauzul kontraktowych FIDIC nie jest tożsama z inwestycją realizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Izba podkreśla, iż podziela stanowisko Zamawiającego, iż zapis tego warunku jest jednoznaczny i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie daje pola do różnych interpretacji, w szczególności takiej, jaką prezentował Odwołujący.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, aby przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie spełnił.

W zakresie usługi wskazanej w pkt 6 Formularza 3.2. Doświadczenie – usługa wykonywana na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż nie może być ona przyjęta na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt 7.2.2) lit. c), gdyż wykracza poza limit czasowy 3 lat wynikający zarówno z treści SIWZ, jak i § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jak i nie odpowiada przedmiotowo treści warunku. Nie sposób uznać za zasadną argumentacji Odwołującego, iż pozyskane w ramach obsługi prawnej doświadczenie ma charakter trwały i niezasadnym jest jego pomijanie, nawet gdyby z treści wykazu wynikało, że prowadzenie obsługi prawnej danego podmiotu miało miejsce 3 lata i 11 dni przed upływem terminu składania ofert. Należy podkreślić, iż wymóg powyższy stanowi powtórzenie przywołanej powyżej regulacji § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i Zamawiający nie był uprawniony, aby go pominąć przy ocenie ofert. Zdaniem Izby zakres przedmiotowy także nie odpowiada wymogowi SIWZ – Zamawiający nie dopuszczał możliwości wykazywania się doświadczeniem w świadczeniu pomocy prawnej przy realizacji inwestycji opartej na innych warunkach kontraktowych niż FIDIC ocenianych przez Odwołującego (czy też wystawcę referencji) jako równoważne. Warunek w tym zakresie był jednoznaczny i nie dopuszczał jakiegokolwiek odmiennej interpretacji. Wbrew stanowisku Odwołującego ani orzecznictwo ani regulacja ustawy Pzp nie nakłada w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu obowiązku zachowania czy uwzględniania równoważności. Sam Odwołujący nie przedstawił zresztą żadnego choćby przykładowego orzeczenia na potwierdzenie swojego stanowiska, ani nie wskazał regulacji ustawy Pzp przemawiającej za jego opinią. Powoływany wyrok KIO z 26 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 744/11 odnosi się do odmiennej problematyki i jest nieadekwatny w przedmiotowym zakresie. Na marginesie zauważyć można, iż rozwiązań równoważnych dotyczą przepisy art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust.

40

4 ustawy Pzp odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, a nie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. W art. 30 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek

wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Powyższe nie znajduje zastosowania w odniesieniu do opisu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wniósł środków ochrony prawnej na etapie Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, co jest równoznaczne z akceptacją ustalonych tam wymogów. Wymogi te są także wiążące dla Zamawiającego i niedopuszczalne jest odstępowanie od nich w toku badania i oceny ofert.

Tym samym nie sposób uznać, aby usługa wykonywana na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego mogła być uznana za potwierdzającą spełnienie warunek wiedzy i doświadczenia określony w pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW).

W ocenie Izby również usługi świadczone na rzecz Starostwa Powiatowego w Olecku oraz Miasta Suwałki w zakresie wynikającym z rekomendacji przedłożonych przez Odwołującego w oparciu o pismo Zamawiającego z 18 kwietnia 2012 r., nie mogły być uznane za potwierdzające spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) lit. c) SIWZ (IDW). Izba podtrzymuje zawarte w niniejszym uzasadnieniu stanowisko, iż charakter obsługiwanych podmiotów nie determinuje uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do posiadania doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Charakter prawny jednostki samorządu terytorialnego nie determinuje bowiem, iż prowadzone przez nią inwestycje zawsze odbywają się w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Ponadto jak było to podnoszone powyżej, redagowanie projektów umów budowlanych opartych na warunkach kontraktowych FIDIC oraz świadczenie pomocy prawnej w zakresie inwestycji realizowanych na podstawie tych umów nie jest tożsame ze świadczeniem pomocy prawnej w ramach inwestycji

41

realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Podkreślić należy, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunku, czego Odwołujący nie uczynił. W ocenie Izby okoliczność, że jednostki wystawiające rekomendacje oświadczyły, iż nie realizowały zadań inwestycyjnych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC również potwierdza niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz błędną wykładnię tego warunku prezentowaną przez Odwołującego.

Zamawiający w treści pisma z 27 kwietnia 2012 r. wskazującego na przesłanki do wykluczenia pominął ocenę rekomendacji z 10 kwietnia 2012 r. Urzędu Miejskiego w Choroszczy dotyczących obsługi prawnej Gminy Choroszcz oraz jej jednostek organizacyjnych przez radcę prawnego Tadeusz Onisko prowadzącego działalność pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego Tadeusza Onisko od marca 1999 r. (do roku 2008 działalność tę wykonywał w ramach Kancelarii Radców Prawnych Onisko & Koziół s.c.) do dnia dzisiejszego. Również sam Odwołujący nie przedstawiał ani w odwołaniu ani na rozprawie odrębnej argumentacji dotyczącej powyższej usługi, skupiając się na usługach realizowanych na rzecz Starostwa Powiatowego w Olecku i Mieście Suwałki (w tym zakresie argumentacja zawarta była w odwołaniu i piśmie Odwołującego z 14 maja 2012 r.). Odmienne niż w przypadku Starostwa Powiatowego w Olecku oraz Miasta Suwałki obsługa prawna Gminy Choroszcz nie była wskazana w wykazie załączonym do oferty Odwołującego. Treść dokumentów zawartych w ofercie potwierdza natomiast, iż radca prawny Tadeusz Onisko został wskazany jako osoba, która wykonywać będzie zamówienie w przypadku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (Formularz 3.3. poz. 2 jako potencjał kadrowy). W ofercie znajduje się stosowne zobowiązanie do wykonywania zamówienia (udostępnienie potencjału kadrowego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – zgodnie z oświadczeniem zawartym w Formularzu 3.3.). Zamawiający nie wyjaśnił natomiast i nie odniósł się, uzasadniając wykluczenie, do przedmiotowej usługi wykazywanej przez Odwołującego, w szczególności celu i podstawy jej wykazania. Odwołujący w piśmie z 23 kwietnia 2012 r. wskazał bowiem, że przedstawia rekomendację Gminy Choroszcz na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w świadczeniu pomocy prawnej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Powyższe mogłoby stanowić o naruszeniu procedury badania ofert poprzez zaniechanie zastosowania procedury wyjaśnień, jednak uwzględniając treść powyższej rekomendacji pozostaje to bez wpływu na wynik postępowania. W treści rekomendacji wskazano bowiem, iż w ramach obsługi prawnej w zakresie prawa samorządowego radca prawny Tadeusz Onisko zajmował się także redagowaniem tekstów prawnych umów budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, zaś po podpisaniu tych umów – pomocą prawną w zakresie ich realizacji. W okresie ostatnich 3 lat, tj. od kwietnia 2009 r. sporządził co najmniej 6 wzorców umów w tym

42

zakresie, które do dziś są wykorzystywane w Urzędzie Miejskim. Jak było to wskazane powyżej taki zakres pomocy prawnej nie może być uznany za potwierdzenie doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. W swej merytorycznej treści nie odbiega bowiem od sformułowań zawartych w rekomendacjach udzielonych przez Starostwo Powiatowe w Olecku i Mieście Suwałki. Ponadto Zamawiający również w tym zakresie uzyskał potwierdzenie, iż Urząd Miejski w Choroszczy nie prowadził inwestycji budowlanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż w świetle art. 5 ust. 1 ustawy Pzp w ogóle nie był on zobowiązany do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż przepis ten przewiduje, że do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a ustawy Pzp, nie stosuje się przepisów ustawy Pzp m.in. dotyczących obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w opinii Odwołującego Zamawiający nie posiadał w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawy prawnej do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, aczkolwiek Odwołujący pomimo braku takiego obowiązku po jego stronie żądane dokumenty złożył. Izba stwierdziła, iż powyższa argumentacja jest chybiona i opiera się na błędnej wykładni art. 5 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 5 ustawy Pzp ma na celu ułatwienie stosowania procedur zamówień publicznych w zakresie wybranych usług tj. usług niepriorytetowych (w tym prawniczych) poprzez wyłączenie stosowania niektórych zapisów ustawy Pzp, w tym co do obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek taki wynika z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp („Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”). Niniejsze postępowanie jest postępowaniem podprogowym, toteż znajduje do niego zastosowanie nie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, lecz art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie brak jest ustawowego obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu („Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”). Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp postępowaniach prowadzonych w procedurze poniżej progów żądanie przedłożenia dokumentów ma zatem charakter fakultatywny, a zamawiający może, lecz nie musi żądać ich przedłożenia. W odniesieniu do postępowań podprogowych ustawa Pzp w ogóle nie ustala zatem obowiązku

43

żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pozostawiając w tym zakresie decyzję Zamawiającemu. Ponadto zniesienie rygору żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie może być wykładane w sposób prezentowany przez Odwołującego, tj. iż Zamawiający pozbawiony jest uprawnienia do żądania takich dokumentów. Art. 5 ust. 1 ustawy Pzp daje Zamawiającemu podstawę do rezygnacji z żądania wskazanych tam dokumentów, których w oparciu o przepisy ustawy Pzp musiałby żądać, pozostawiając mu prawo decydowania o zastosowaniu złagodzonej procedury. Tym samym to Zamawiający decyduje, czy skorzysta z możliwości rezygnacji z żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skorzystał z uprawnienia

przewidzianego w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zakres powyższego żądania nie był przez wykonawców podważony w drodze złożenia środków ochrony prawnej, tym samym wykonawców obciąża obowiązek ich przedstawienia dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Izba zauważa, iż Odwołujący w treści odwołania w powyższym zakresie wskazuje na żądanie Zamawiającego w piśmie z 18 kwietnia 2012 r. przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w zakresie reprezentacji prawnej, a ta okoliczność nie była podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: