

„ 0 5. 08. 20U

|U- IM

WYROK L ..

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogusława Jarmołowicz-Łochańska

SO Joanna Wiśniewska-Sadowska (spr.)

Sędziowie: SR del. Katarzyna Parczewska

Protokolant: st. sekr. sąd. Małgorzata Andrychowicz

po rozpoznaniu w dniu 18 czerwca 2014 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skargi Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej m.st. Warszawy
z udziałem Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. w Warszawie,
Michała Hresiukiewicza

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 17 marca 2014 r., sygn. akt KIO 427/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że odwołanie oddala i obciąża kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. w Warszawie

2. nakazuje pobrać od Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. w Warszawie kwotę 15.190 (piętnaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt) złotych na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie tytułem nieziszczonej opłaty od skargi.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

SEKRETARZ SĄDOWY

'iete/uk

Anna

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Miejska Państwowej Straży Pożarnej m. st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie kompleksowej obsługi prawnej”.

Pismem z dnia 27 lutego 2014 r. zamawiający poinformował oferentów wyborze oferty złożonej przez Kancelarię Radcy Prawnego Michała Hresiukiewicza i wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp oferty m.in. Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp.p.

Od takiego stanowiska zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożyła Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp.p. (sygn. akt KIO 427/14). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego;
2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ.

Wnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 17 marca 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Kosztami postępowania obciążyła zamawiającego. W uzasadnieniu wyroku KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. W ocenie Izby usługa wykazana w ofercie odwołującego dotycząca świadczenia obsługi prawnej na rzecz CPD MSW stanowi wystarczające potwierdzenie opisanego przez zamawiającego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Izby szerokie rozumienie wskazanego w SIWZ zapewnia dużą konkurencję wykonawców oraz wybór oferty gwarantującej należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Zawarte w SIWZ sformułowanie „instytucje, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy MSW” należy w ocenie KIO interpretować w sposób możliwie szeroki, przyjmując że za instytucje takie należy uznać także instytucje, w których funkcjonariusze MSW wykonują czynności w zakresie

koordynowania działań obronnych, bezpośredniej ochrony, zabezpieczenia obiektów czy urządzeń.

Izba uznała ponadto za dopuszczalne wykazanie się świadczeniem co najmniej 1 usługi obsługi prawnej wskazanej instytucji, która realizowana była w oparciu o kilka umów cywilnoprawnych. Istotne jest to, aby usługa świadczona na rzecz tej instytucji była realizowana przez okres minimum 12 miesięcy a jej wartość wynosiła minimum 70 000 zł, natomiast odwołujący świadczył na rzecz tej instytucji pomoc prawną w latach 2011, 2012 i 2013, której łączna wartość przekroczyła 70 000 zł. Ponadto w ocenie Izby treść referencji nie musi zawierać informacji o wartości świadczonych usług, gdyż celem złożenia referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Z powyższych względów KIO uznała, że wezwanie skierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań w zakresie doświadczenia było bezprzedmiotowe.

Izba uznała ponadto, że radca prawny Krzysztof Gorazdowski, świadczący usługi

pomocy prawnej na podstawie stosunku pracy, który udostępnił odwołującemu wiedzę i doświadczenie, miał możliwość przekazania doświadczenia na które się powołuje. Wskazano, że sposób świadczenia pomocy prawnej przez radców prawnych wynika z ustawy o radcach prawnych i pozostaje bez znaczenia dla zdobywanego przez radcę prawnego doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej na rzecz instytucji. Radca prawny ma zagwarantowaną ustawowo samodzielność wykonywania zawodu, co powoduje że umowa o pracę z radcą prawnym ma specyficzny charakter i nie jest typową umową o pracę, o jakiej mowa w art. 22 k.p. Radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej, samodzielnie prowadzi sprawy przed organami orzekającymi. Atrybuty te powodują, że doświadczenie nabyte przy świadczeniu pomocy prawnej przez radcę prawnego na podstawie umowy o pracę czy innej umowy cywilnoprawnej bądź też w ramach świadczenia usług przez kancelarię jest doświadczeniem osoby, która te usługi wykonywała a nie doświadczeniem, jak twierdzi zamawiający, pracodawcy na rzecz którego usługa była realizowana. Wiedza i doświadczenie, jakie nabył radca prawny Krzysztof Gorazdowski, świadcząc usługi pomocy prawnej w Wojewódzkiej Komendzie Policji w Szczecinie, jako doświadczenie związane ściśle z osobą je wykonującą, jest doświadczeniem w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i jako takie może być udostępnianie.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej złożyła Komenda Miejska Państwowej Straży Pożarnej m. st. Warszawy zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości, zarzucając mu:

i) naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenie art. 192 ust. 2 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w sytuacji braku udowodnienia przez Wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych „Ćwik i Partnerzy” s.p. naruszenia przepisów ustawy, które miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, w tym poprzez sprzeczność ustaleń faktycznych z treścią zebranego

w sprawie materiału dowodowego oraz poprzez uwzględnienie nieudowodnionych przez wykonawcę zarzutów;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego:

- przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez ustalenie, że wykonawca Kancelaria Radców Prawnych „Ćwik i Partnerzy” s.p. potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu zarówno dokumentami złożonymi wraz z ofertą, jak również złożonymi w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przez co nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- naruszenie przepisu art. 26 ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, że dowodem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu może być oświadczenie, którego nie złożył wykonawca, ale w którego posiadaniu zamawiający się znalazł w wyniku prowadzonych wyjaśnień.

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów postępowania odwoławczego.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia, sąd okręgowy zważył, co następuje:

Zdaniem sądu odwoławczego skarga jest zasadna.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż spór w niniejszej sprawie koncentrował się wokół wykładni użytego w SIWZ sformułowania, zgodnie z którym warunkiem udziału w przetargu było „w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonanie co najmniej 1 usługi obsługi prawnej świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy w wartości minimum 70.000 zł brutto, na rzecz instytucji, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych”. Wykładnia tego zapisu nie budziła wątpliwości na etapie składania ofert, żaden

z uczestników przetargu nie podnosił, że zapis ten jest mało precyzyjny, ani nie kwestionował jego treści. Dopiero po ocenie ofert i wątpliwości zgłosił odwołujący, którego oferta została wykluczona.

Zdaniem sądu okręgowego wykładnia powyższego warunku dokonana przez KIO jest nieprawidłowa. W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż zamawiający określając warunki udziału w przetargu wymagał od oferentów wykazania się określonym doświadczeniem w zakresie obsługi prawnej, przy czym szczegółowo wypunktował te elementy, które miały dla niego znaczenie przy dokonywaniu oceny złożonych ofert. Z literalnego brzmienia zapisu SIWZ wynika, iż usługa obsługi

prawnej powinna trwać minimum przez okres 12 miesięcy, a jej minimalna wartość powinna wynosić 70.000 zł brutto, przy czym wymogi te dotyczą jednej usługi, a nie sumy różnych usług. Niewątpliwie intencją zamawiającego było, aby świadczona przez wykonawców obsługa prawna miała charakter ciągły (a nie doraźny), stąd też kryterium jednego roku jej trwania. Ponadto - wartość tej usługi powinna wynosić minimum 70.000 zł brutto, co automatycznie eliminuje drobne, o małej wartości zlecenia. Wskazana w SIWZ wartość usługi wskazuje, że powinna być ona przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem wartość przedmiotu zamówienia przekracza 14.000 €. Trafnie podnosił skarżący, iż postępowanie przetargowe zostało wszczęte w roku 2013, a zatem zastosowanie miały ówczesnie obowiązujące przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami kwota 70.000 zł stanowiła kwotę wyższą niż 14.000 €.

Podkreślić nadto należy, iż zamawiający w drodze przetargu zamierzał wybrać podmiot, który zapewni mu obsługę prawną, a zatem, określając warunki udziału w przetargu precyzyjnie określił warunki udziału w ten sposób, aby brały w nim udział tylko te podmioty, które taką obsługą prawną się parają i spośród nich zamierzał dokonać wyboru. Dodatkowo określono także podmioty, na rzecz których miałyby być świadczona obsługa prawna, co wymagało pewnej specjalizacji po stronie potencjalnych wykonawców. Warunkiem udziału było bowiem prowadzenie obsługi prawnej „na rzecz instytucji, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych”. Sformułowanie to wyraźnie precyzowało, iż zamawiający szuka nie jakiegokolwiek kancelarii prawnej, ale kancelarii prawnej specjalizującej się w określonej kategorii spraw. Wykładnia SIWZ powinna być zgodna nie tylko z samym literalnym brzmieniem spornych sformułowań, ale także uwzględniać przedmiot zamówienia i oczekiwania zamawiającego, w niniejszej sprawie natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dotyczyło „Świadczenia kompleksowej obsługi prawnej na rzecz Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej m. st. Warszawy”.

Zdaniem sądu okręgowego oferent - Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp.p. nie wykazała, że spełnia powyższe warunki. Z przedłożonych przez nią referencji z dnia 23 października 2013 r., a także z pism nadesłanych z Centrum Personalizacji Dokumentów MSW, na rzecz której usługi prawne były

świadczone wynika, że w 2012 r. kancelaria reprezentowała CPD przed Sądem Okręgowym w Warszawie w postępowaniach ze skargi na wyrok KIO. Ponadto w lutym 2013 r. świadczyła pomoc prawną polegającą w szczególności na sporządzeniu pisemnej opinii prawnej dotyczącej analizy i oceny niebezpieczeństw prawnych i finansowych związanych z kontynuacją umowy zawartej z Polską Wytwórnią Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie. Dotychczasowa wartość usług przekraczała 50.000 zł brutto. Natomiast w formularzu ofertowym znalazło się oświadczenie, że w realizacji przedmiotu zamówienia kancelaria nie będzie polegać za wiedzy i doświadczeniu innych osób, na potencjale technicznym innych

podmiotów, na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, zdolnościach finansowych innych podmiotów.

Analiza powyższych dokumentów wskazuje, że de facto nie zostały spełnione żadne z określonych w SIWZ wymogów. Po pierwsze na datę wydania referencji wartość usług przekroczyła tylko i wyłącznie 50.000 zł brutto. Absolutnie nie wynika z tego, że skoro przekroczyła 50.000 zł, to przekroczyła także 70.000 zł. Późniejsze pisma z CPD (z 28 stycznia 2014 r.) określały wartość usług na koniec 2013 r., nie dotyczyły natomiast daty złożenia oferty. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem skarżącego, że treść wyjaśnień CPD potwierdziła, że wykonawca nie wykonał na rzecz CPD ani jednej usługi obsługi prawnej, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy, o wartości minimum 70 000 zł brutto, wskazano jedynie szereg różnych, oderwanych od siebie czasowo, prawnie i merytorycznie świadczeń.

Podkreślić nadto należy, że trwająca od 2011 r. współpraca nie miała charakteru trwałego, a CPD korzystał z usług Kancelarii doraźnie do prowadzenia różnych, nie dotyczących stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych spraw. Należy zwrócić uwagę, iż konkretne wykonane przez Kancelarię usługi to reprezentacja CPD w postępowaniu przed KIO i Sądem Okręgowym w Warszawie w sprawach związanych z zamówieniami publicznymi, co ewidentnie nie ma żadnego związku ze stosunkami służbowymi. Również treść sporządzonej na zlecenie CPD opinii dotyczy innych kwestii. Złożone wraz z ofertą oświadczenie, iż Minister Spraw Wewnętrznych podjął wobec CPD decyzję w oparciu o art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu w zakresie działań ochronnych, nie oznacza, że CPD jest instytucją, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Słusznie podnosił skarżący, iż powyższy wymóg odnosi się do instytucji, w których mają zastosowanie przepisy dotyczące funkcjonariuszy, czyli pragmatyki służbowe, wskazując, że z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę nie wynika, aby na stanowiskach służbowych znajdujących się w strukturze organizacyjnej CPD pełnili służbę funkcjonariusze, albo że zostali oddelegowani oni do służby w tej instytucji. Funkcjonariusze BOR, na co trafnie zwrócił uwagę skarżący, wprawdzie ochraniają obiekty zajmowane przez tę instytucję, ale pozostają w stosunku służbowym z BOR, a nie z CPD, to BOR zatem jest instytucją, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

Skarżący prawidłowo, powołując się w tym zakresie na poglądy doktryny, definiuje pojęcie stosunku służbowego, określając go jako „stosunek administracyjno - prawny powstający przez mianowanie na podstawie dobrowolnego zgłoszenia się do służby, a ustający z chwilą doręczenia lub ustnego ogłoszenia decyzji o jego rozwiązaniu bądź z chwilą zajścia zdarzenia rozwiązującego ten stosunek”. Co istotne nie podlega on kodeksowi pracy, lecz odrębnym unormowaniom zawartym w przepisach szczególnych, takich jak m.in. ustawa o Policji, ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, czy też ustawa o Państwowej Straży Pożarnej. Zdaniem sądu odwoławczego nie budzi zatem najmniejszych wątpliwości, iż Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy spraw z takiej kategorii nie prowadziła, a jeśli nawet, to miały one marginalny charakter, co wprost potwierdzają załączone do oferty referencje i na pewno ich wartość nie przekroczyła kwoty 70.000 zł brutto. Słuszny jest zatem zarzut, że KIO poczyniła błędne ustalenia faktyczne, uznając, że CPD jest instytucją, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że wykonawca wykazał spełnianie warunku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego.

W sprawie sporne było także, czy radca prawny Krzysztof Gorazdowski, zatrudniony w Komendzie Wojewódzkiej Policji w Szczecinie na stanowisku pracownika Policji, posiada wystarczającą wiedzę, a zatem zgodnie z art. 26 ust. 2 b

Pzp wykonawca może polegać na jego wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów.

Zdaniem sądu okręgowego w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, iż w formularzu ofertowym znalazło się oświadczenie, że w realizacji przedmiotu zamówienia Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy nie będzie polegać za wiedzy i doświadczeniu innych osób, na potencjale technicznym innych podmiotów, na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, zdolnościach finansowych innych podmiotów. Bezsporne jest, iż wykonawca jest związany swoją ofertą, a zniana, bądź wycofanie oferty dopuszczalne jest zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp jedynie przed upływem terminu do składania ofert. Podkreślić ponadto należy, iż art. 26 ust. 2 a Pzp wskazuje moment, w którym wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Powinno to nastąpić nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Niewątpliwie złożona przez wykonawcę oferta nie powinna już być modyfikowana, zaś wskazanie, iż wykonawca będzie polegał na wiedzy i potencjale osób trzecich, albowiem sam nie spełnia wymogów udziału w przetargu, stanowiła niewątpliwie istotną zmianę złożonej oferty. Odstępstwo od art. 26 ust. 2a Pzp ustawodawca przewidział w art. 26 ust. 3 Pzp. Jednakże zdaniem sądu okręgowego norma ta nie ma zastosowania, dotyczy ona bowiem sytuacji, gdy wykonawcy, którzy złożyli korzystne oferty, w wyniku niedopatrzienia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, ale faktycznie warunki te spełniają. W niniejszej sprawie natomiast okazało się, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w przetargu. Nie ma zatem możliwości, aby na tym etapie zmieniać ofertę, wykazując, że wprawdzie wykonawca nie spełnia wymogów, ale spełnia je osoba trzecia i na jej potencjale wykonawca będzie bazował.

Niezależnie od powyższego zgodzić się należy z negatywną oceną dokumentacji dotyczącej Krzysztofa Gorazdowskiego. Fakt, iż jest on radcą prawnym i jest zatrudniony jako pracownik Policji nie oznacza jeszcze, że w ramach stosunku pracy wykonuje usługi obsługi prawnej na rzecz instytucji, w której mają zastosowanie przepisy prawa dotyczące stosunków służbowych funkcjonariuszy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

Prawidłowo zatem zamawiający przyjął, iż wykonawca nie spełnia określonych w SIWZ wymogów, a w szczególności nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawodowego, co skutkowało odrzuceniem jego oferty.

Z powyższych względów sąd OKręgowy uznał, że orzeczenie wydane przez KIO jest nieprawidłowe i na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 2 Pzp, uwzględniając wniesioną skargę, zmienił zaskarżone orzeczenie i odwołanie oddalił.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz 198 a ust. 2 Pzp. Zważywszy, że skarga została w całości uwzględniona, od przeciwnika skargi pobrano należną opłatę sądową, od której uiszczenia skarżący był zwolniony.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

SEKRETARZ SĄDOWY

Anna