

Sygn. akt: KIO/UZP 850/08

**WYROK**  
z dnia 29 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**

**Członkowie: Izabela Niedziałek**  
**Marzena Ordysińska**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Infrastruktury, 00-928 Warszawa, ul. Chałubińskiego 4/6** protestu z dnia 29 lipca 2008 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie,**

**2. kosztami postępowania obciążyć Ministerstwo Infrastruktury, 00-928 Warszawa, ul. Chałubińskiego 4/6 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Infrastruktury, 00-928 Warszawa, ul. Chałubińskiego 4/6** na rzecz **Grupy Doradczą Sienna Sp. z**

**o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grupy Doradcza Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188**.

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

Zamawiający – Ministerstwo Infrastruktury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wyłonienie konsultantów, którzy będą świadczyć usługi prawne dla Ministerstwa Infrastruktury w zakresie przygotowania i oceny projektów, procedury przetargowej, kontraktowania oraz systemu zarządzania projektami Funduszu Spójności w sektorze transportu oraz zawarcie z nimi umowy ramowej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 136-182171 z dnia 16.07.2008r.

W dniu 30.07.2008r. protest dotyczący postanowień ww. ogłoszenia oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu złożyła Grupa Doradcza Sienna sp. z o.o.

Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Ponadto zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy poprzez ustalenie sposobu oceny ofert w sposób, który nie zapewnia wyboru oferty obiektywnie najkorzystniejszej.

Zażądano dostosowania treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz do przepisów obowiązującego prawa a w przypadku braku możliwości zmodyfikowania treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz, unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W argumentacji protestujący zakwestionował warunek wymaganego doświadczenia jaki określił zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ. Warunek dotyczył zrealizowania minimum 3 zamówień o wartości co najmniej 300 000 euro łącznie o podobnym zakresie jak przedmiot

zamówień, które będą udzielane na podstawie umowy ramowej tj. doradztwa prawnego z zakresu m.in. prawa zamówień publicznych oraz przy przygotowaniu i wyborze projektów inwestycyjnych, realizowanych przy wyborze projektów unijnych. Protestujący wskazał, że wyklucza to z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia ale nie posiadających wymaganego doświadczenia a ponadto podkreślił specyficzny charakter usług doradztwa prawnego. Wskazano ponadto, że warunek polegający na posiadaniu doświadczenia polegającego na wykonaniu co najmniej 3 zamówień o wartości 300 000 każde - jest znacząco wygórowany w stosunku do przedmiotu zamówienia gdyż w ramach umowy zamawiający zamierza podpisać kilkadziesiąt umów „skonkretyzowanych” na określone zakresy prac a wartość 300 000 jest ¼ całej umowy ramowej. Zakwestionowano również uzależnianie warunku posiadanego doświadczenia od wartości wykonanej usługi i wskazano, że w przypadku usług prawniczych godziny pracy eksperta różnią się znacznie i nie zależy to od obiektywnych i mierzalnych czynników. W wyniku powyższego zamawiający nie uzyskuje obiektywnie wiedzy o doświadczeniu wykonawcy a jedynie o stawkach, jakie są przez niego stosowane na rynku. Wskazano, że zamawiający nie powinien brać pod uwagę wartości zrealizowanego zamówienia ale jej zakres. Następnie protestujący wskazał na orzeczenia Zespołów Arbitrów potwierdzające jego argumentację.

Kolejnym zarzutem było wskazanie na bezzasadność warunku dotyczącego dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Podkreślono, że nieuprawnione jest żądanie od kluczowego eksperta prawnego i prawników specjalistów ukończenia aplikacji radcowskiej lub adwokackiej lub wykazania, że znajdują się w toku wykonywania owych aplikacji. W ocenie protestującego wymóg ten nie znajduje żadnego oparcia w przedmiocie zamówienia. Protestujący zacytował załącznik nr 1 do SIWZ który określał przedmiot zamówienia i konkludował, że w skład przedmiotu zamówienia nie wchodzi nawet wykonywanie zastępstwa prawnego jak również postępowań objętych przymusem adwokackim – przed Sądem Najwyższym, Naczelnym Sądem Administracyjnym czy Trybunałem Konstytucyjnym. Następnie wskazał na orzeczenie KIO dotyczące konieczności adekwatności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

Protestujący zakwestionował następnie opis kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej – średnią stawkę godzinową grupy osób : kluczowego eksperta prawnego, prawnika specjalisty ds. zamówień publicznych, prawnika specjalisty ds. prawa budowlanego, prawnika specjalisty ds. prawa ochrony środowiska - jako podstawę wyboru oferty. Wskazano, że faktyczna cena oferty zawsze będzie zależała od liczby godzin przeznaczonych do wykorzystania przez danego eksperta. Określenie kryterium w ten sposób prowadzić może do wyboru oferty która nie będzie najkorzystniejszą.

Na koniec protestujący zarzucił błąd w zapisach projektu umowy ramowej gdzie w § 7 ust. 1 wskazano maksymalną wysokość wynagrodzenia – 1 185 600 jak również liczbę godzin – 1560 co powoduje, że średnia stawka do wykonawcy wynosi 760 zł. Wynika z tego, że oferta wybranego wykonawcy ma już określoną – dość wysoką jak na tego typu usługi stawkę godzinową.

W dniu 5.08.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego złożyła Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Spółka Komandytowa. Wniesiono o uwzględnienie wszystkich zarzutów zawartych w proteście.

Zamawiający w dniu 8.08.2008r. dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymaganego doświadczenia wskazano, że protestujący nieprawidłowo zrozumiał zapisy ogłoszenia i SIWZ. Podkreślono, że w celu spełnienia tego warunku wystarczy, że dany podmiot wykona wiele zamówień które w sumie dadzą 300 000 zł. Zwyczajowa wartość podobnych usług znana jest zamawiającemu z kontroli dokumentacji przetargowych w postępowaniach przeprowadzanych przez Beneficjentów środków Funduszu Spójności dotyczących m.in. zlecenia przez Beneficjentów usług doradczych, wydawania opinii i wykonywania analiz. Dalej zacytowano komentarz pod red. T. Czajkowskiego na potwierdzenie swojej argumentacji. Wskazano ponadto na zasadność podpisania umowy ramowej w przypadku niemożności szczegółowego określenia z góry przedmiotu zamówienia. Następnie wskazano na czynniki od jakich zależy wybór firmy świadczącej usługi prawne odnosząc się do podziału na sektor publiczny i prywatny i podsumowano, że cena, będąca wartością konkretnych rozwiązań jest wypadkową wszystkich wcześniej wymienionych czynników oraz instrumentem do określenia minimalnych standardów, których zamawiający oczekuje od strony wykonawców.

Odnosnie zarzutu dotyczącego ukończenia aplikacji radcowskiej lub adwokackiej lub wykazania, że znajdują się w toku wykonywania owych aplikacji - kluczowego eksperta prawnego i prawników specjalistów zamawiający wskazał na brzmienie art. 36 ust. 1 pkt 2 i 5 z którego wynika, że ustalenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego. Wskazano, że posiadanie aplikacji lub aplikacji w toku jest obiektywnym instrumentem, który pozwala określić minimalny poziom wiedzy, a w przypadku wymogu ukończonej aplikacji, także doświadczenia osób wskazanych do wykonania zamówienia. Wskazano na orzeczenie KIO odnośnie adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Następnie podkreślono, że wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga specjalistycznej wiedzy i dużego doświadczenia

i od rzetelności i wysokiego poziomu merytorycznego wykonawcy świadczącego pomoc prawną może zależeć powodzenie przy realizacji inwestycji transportowych o strategicznym znaczenia dla Polski, finansowanych ze środków UE. Wskazano dalej, że definicja pomocy prawnej jest na tyle szeroka, że znajdują się w niej wskazane w opisie przedmiotu zamówienia formy świadczenia usług/doradztwa prawnego. Podniesiono, że opis przedmiot zamówienia obejmuje wsparcie w przygotowaniu wniosków o dofinansowanie z Funduszu Spójności oraz rozstrzygnięcie kwestii prawnych związanych z zasadami kwalifikowalności kosztów w ramach projektów Funduszu Spójności na wszystkich etapach realizacji projektów a każda z tych czynności może zawierać w sobie zarówno usługi prawne o charakterze czysto doradczym, jaki i zastępstwo prawne i procesowe. Wskazano dalej, że właściwym wydaje się przekazywanie do Komisji Europejskiej opinii prawnych sporządzonych przez adwokata lub radcę prawnego. Ponadto wskazano, że nieokreślenie warunku ukończenia aplikacji adwokackiej albo radcowskiej bądź aplikacji w toku może skutkować świadczeniem przez wykonawcę usług prawnych na niedostatecznie wysokim poziomie oraz w niedostatecznie szerokim zakresie. Na koniec podkreślono, że kwestionowany warunek nie ogranicza kręgu potencjalnych wykonawców do kilku lub kilkudziesięciu gdyż istnieje grupa kilkuset wykonawców którzy mogą spełniać warunki zawarte w SIWZ.

Odnosnie zarzutu dotyczącego określenia kryterium ceny w SIWZ – wskazano, że nie da się precyzyjnie określić ilości godzin zleczanych konkretnemu specjalście. Stawki określone w umowie zgodnie z ideą umowy ramowej będą miały charakter maksymalny. Zaoferowanie niższej ceny przez wykonawcę jest pożądane ze strony Zamawiającego, który będzie zobowiązany do wyboru oferty najkorzystniejszej, kierując się, między innymi stawkami za pracę konkretnego eksperta przy konkretnym zamówieniu. Na koniec podniesiono, że każda z cen jednostkowych będzie oddzielnym kryterium – mającym wagę 25%.

Odnosnie zarzutu popełnienia błędu w zapisach projektu umowy ramowej przy określaniu wysokości wynagrodzenia – wskazano, że Zamawiający określił kwotę, jaką jest w stanie przeznaczyć na realizację umowy ramowej. Dodano, że w ten sposób zostały przedstawione jedno z podstawowych warunków dotyczących zamówień, które udzielone zostaną w przyszłości. Następnie przywołano brzmienie art. 2 pkt 9a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zacytowano fragment komentarza pod red. T. Czajkowskiego w celu przybliżenia definicji umowy ramowej. Na koniec konkludowano, że pomimo istnienia zapisu określającego maksymalną kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na realizację umowy ramowej oraz maksymalną ilość godzin, stawki godzinowe przedstawione przez

wykonawców z którymi podpisana zostanie umowa ramowe, nie są w chwili obecnej do przewidzenia.

W dniu 13.08.2008r. protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucono czynnościom zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez ustalenie sposobu oceny ofert w sposób nie zapewniający wyboru oferty obiektywnie najkorzystniejszej. Wniesiono o dostosowanie treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ do przepisów obowiązującego prawa a w przypadku niemożności dokonania modyfikacji o unieważnienie prowadzonego postępowania ona podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Powtórzono argumentację zawartą w proteście a ponadto dodano, że warunek dotyczący doświadczenia został doprecyzowany w rozstrzygnięciu protestu a w ogłoszeniu i SIWZ został określony niejasno. Ograniczenie uczciwej konkurencji polega również na wskazaniu zakresu merytorycznego usług potwierdzających wymagane doświadczenie – zamówienia publiczne oraz przy przygotowaniu i wyborze projektów inwestycyjnych, realizowanych przy udziale środków unijnych. W ocenie odwołującego nie ma różnicy pomiędzy udzielaniem zamówień publicznych finansowanych z udziałem środków pochodzących z UE a zamówień publicznych finansowanych ze środków budżetowych. Ponadto odwołujący wskazał, że nie jest mu wiadome co oznacza „wybór projektów inwestycyjnych”.

Odnośnie warunku dotyczącego dysponowania odpowiednią kadrami powtórzono argumentację wynikającą z protestu a ponadto dodano, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający poinformował, że na podstawie umowy ramowej będzie zlecać również usługi prawnicze nie mieszczące się w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zakwestionowano również rozstrzygnięcie w zakresie sporządzenia opinii przekazywanych do Komisji Europejskiej. Na koniec podkreślono, że sporządzanie analiz prawnych może być wykonane prawidłowo przez osobę z tytułem doktora nauk prawnych oraz osobę z odpowiednim wykształceniem i wieloletnim doświadczeniem a przepisy art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 1 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie pozostawiają wątpliwości, że wymóg legitymowania się uprawnieniami jest warunkiem błędnym w przypadku jeśli nie wymaga tego przedmiot zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego kryterium ceny odwołujący powtórzył argumentację wynikającą z protestu a ponadto wskazał, że zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zmodyfikował w nieuprawniony sposób kryteria oceny ofert wprowadzając wagi dla poszczególnych cen.

Odnosnie zarzutu dotyczącego błędu w zapisach projektu umowy ramowej powtórzono argumentację wynikającą z protestu a ponadto dodano, że zapis dotyczący średniej stawki dla wykonawcy w wys. 760 zł w połączeniu z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia wykonawcy przesądza, z kim zostanie zawarta umowa.

W dniu 29.08.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego złożyła Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski sp. k. opowiadając się po stronie Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania postanowiła uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie.

Odnosnie zarzutów dotyczących sformułowania warunku wymaganego doświadczenia – kluczowym dla rozstrzygnięcia w tej kwestii jest analiza treści warunku w ogłoszeniu i SIWZ. Warunek ten został określony w taki sposób, że wskazuje na konieczność wykonywania doradztwa prawnego m.in. z zakresu zamówień publicznych oraz przy przygotowaniu i wyborze projektów inwestycyjnych, realizowanych przy udziale środków unijnych na łączną kwotę 300 000 zł w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. Spójnik „oraz” wskazuje na konieczność posiadania doświadczeń zarówno w doradztwie przy zamówieniach publicznych jak również przy przygotowaniu i wyborze projektów inwestycyjnych, realizowanych przy udziale środków unijnych. Należy wskazać, że wedle interpretacji zamawiającego w ramach kwoty 300 000 zł powinny być wykonywane – zarówno doradztwo w zakresie zamówień publicznych jak i doradztwo w zakresie przygotowania i wyboru projektów inwestycyjnych, realizowanych przy udziale środków unijnych. Zamawiający wskazał jednak, że nie ma znaczenia wartość poszczególnych rodzajów usług – ważne jest jedynie, żeby w ramach łącznej kwoty co najmniej 300 000 zł wystąpiły obydwie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie jest to warunek wygórowany i utrudniający uczciwą konkurencję. Ilość projektów inwestycyjnych realizowanych przy udziale środków unijnych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w ostatnich latach jak również ilość środków wydatkowanych przez zamawiających w ramach zamówień publicznych pozwalają za zasadne uznać twierdzenie o dużej liczbie podmiotów które mogłyby spełnić warunek postawiony przez zamawiającego. Należy również podkreślić możliwość tworzenia konsorcjów w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego warunku ukończenia aplikacji radcowskiej lub adwokackiej lub bycia w trakcie jej wykonywania przez kluczowego eksperta prawnego oraz prawników specjalistów – Krajowa Izba Odwoławcza uznała go za uzasadniony.

Żądanie posiadania uprawnień do określonej działalności w postępowaniu powinno być uzasadnione przedmiotem zamówienia – aplikacja adwokacka lub radcowska umożliwia m.in. wykonywanie czynności zastępstwa procesowego przed sądami a w ramach przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie ma czynności zastrzeżonych dla aplikantów, radców prawnych i adwokatów.

Argumentacja zamawiającego o potwierdzaniu doświadczenia oraz kwalifikacji danego specjalisty przez udział w aplikacji jest bezzasadna w kontekście dyskryminacji prawników praktyków z wieloletnim doświadczeniem w zakresie zamówień publicznych, prawa budowlanego czy prawa ochrony środowiska oraz prawników z tytułami naukowymi w zakresie nauk prawnych. Należy również wskazać na to, że zarówno prawo zamówień publicznych, prawo budowlane jak i prawo ochrony środowiska są gałęziami prawa charakteryzującymi się częstymi czynnościami przed urzędami administracji gdzie niekonieczne jest posiadanie uprawnień radcy prawnego czy adwokata w celu dokonywania czynności. Występują w tym zakresie prawnicy o dużym doświadczeniu praktycznym ale bez wymaganych przez zamawiającego aplikacji prawniczych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego sposobu sformułowania kryterium cenowego w postępowaniu w sposób uniemożliwiający prawidłową ocenę najkorzystniejszej oferty – Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że znajduje on uzasadnienie.

Kluczowym aspektem w zakresie rozstrzygnięcia odnośnie tego zarzutu było nie określenie przez zamawiającego przewidywanych ilości rodzajów poszczególnych usług jakie zostaną wykonane w wyniku zrealizowania kwoty z umowy ramowej (nawet w przybliżeniu). Powoduje to w efekcie, że wybór oferty w oparciu o średnią stawkę godzinową za godzinę pracy kluczowego eksperta prawnego, prawnika specjalisty ds. zamówień publicznych, prawnika specjalisty ds. prawa budowlanego i prawnika specjalisty ds. prawa ochrony środowiska nastąpić może z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku gdy wykonawcy mieliby informację o przybliżonych ilościach godzin przeznaczonych do wykorzystania dla poszczególnych specjalistów – np. na pracę specjalisty ds. prawa ochrony środowiska zostanie przeznaczonych tylko 100 godzin a na pracę specjalisty ds. zamówień publicznych 500 godzin wtedy również mogliby dokonać prawidłowej kalkulacji cen w ofertach – nawiązujących do rzeczywistych kosztów.

Należy jednak wskazać, że przy charakterze usług oraz rodzaju umowy jaka ma być podpisana w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania wskazanie dotyczące ilości godzin jakie zostaną w przyszłości przeprowadzone przez każdego ze specjalistów jest znacznie utrudnione. Tym samym podkreślić należy innowacyjność przedmiotowego postępowania stanowiącego próbę zastosowania trybu konkurencyjnego dla usługi prawniczej o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku uwzględnienia zarzutu dotyczącego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w cz. X pkt 2 SIWZ oraz zarzutu dotyczącego określenia kryterium cenowego w cz. XVI i XVII SIWZ Krajowa Izba Odwoławcza mając na uwadze brzmienie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych postanowiła unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku uwzględnienia wniosku odwołującego zawartego w odwołaniu i popartego na rozprawie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**..

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*