

POSTANOWIENIE

z dnia 17 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

wobec cofnięcia w dniu **17 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2014 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. K., H. N., M. P. – Kancelaria Prawnicza Energo-Lex s.c. J. K., H. N., M. P., Konstancin-Jeziorna**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług prawniczych na rzecz PSE S.A.* (nr postępowania BP/29/2014/MJ)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jacka K.ego, H. N., M. P. – Kancelarii Prawniczej Energo-Lex s.c. J. K., H. N., M. P. z Konstancina-Jeziorny kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn. *Świadczenie usług prawniczych na rzecz PSE S.A.* (nr postępowania BP/29/2014/MJ). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 maja 2014 r. pod nr 2014/S_090-158118. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

12 czerwca 2014 r. (pismem z tej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. K., H. N., M. P. – Kancelaria Prawnicza Energo-Lex s.c. J. K., H. N., M. P., Konstancin-Jeziorna wnieśli (w formie pisemnej) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego, które miałyby polegać na:

1. Dokonaniu zmiany § 1 ust. 2 wzoru umowy – cz. IV SIWZ pakiet 4, zawierającego opis przedmiotu zamówienia, bez równoczesnej zmiany opisu przedmiotu zamówienia zawartego w cz. II SIWZ pakiet 4 pkt 8), co prowadzi do rozbieżności pomiędzy wzorem umowy a specyfikacją przedmiotu zamówienia zawartą w cz. II SIWZ, polegającą na tym, że z tego ostatniego elementu wynika znacznie większy zakres usług w ramach bieżącej obsługi prawnej w porównaniu do zakresu tych usług zawartego w zmienionych postanowieniach § 1 ust. 2 wzoru umowy. Przy czym zmianę Zamawiający dokonał w ramach odpowiedzi na pytanie 35 do SIWZ w piśmie z 6 czerwca 2014 r. (nr 1303-BPWU-230-29/30/31-MJ/14) „Wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, zamieszczonym na stronie internetowej www.pse.pl {zwanego dalej „pismem Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r.}.
2. Udzieleniu odpowiedzi na część pytania nr 34 do SIWZ, pismem Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r., która to odpowiedź jest sprzeczna z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez pozostawienie w gestii swobodnego uznania Zamawiającego decyzji, czy sprawa której dotyczy usługa pomocy prawnej mieści się w granicach „bieżącej obsługi prawnej”, czy wykracza poza nią i tym samym pozostawienie w gestii swobodnego uznania Zamawiającego decyzji, czy wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ma obowiązek wykonania usług pomocy prawnej w odniesieniu do danej sprawy w ramach miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, czy też wykonawca może wykonać te usługi w ramach wynagrodzenia ustalanego według stawki godzinowej.

3. Udzieleniu odpowiedzi na część pytań nr 35 i 36 do SIWZ, pismem Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r., które to odpowiedzi są sprzeczne z zasadą jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz ograniczają zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez pozostawienie otwartej (nieokreślonej) liczby spraw sądowych i administracyjnych objętych usługą bieżącej obsługi prawnej przy stałym miesięcznym wynagrodzeniu ryczałtowym za realizację tej usługi.
4. Ustaleniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określających przedmiot zamówienia i stanowiących treść § 1 ust. 2 cz. IV SIWZ dla pakietu 4 (wzór umowy) w brzmieniu (odpowiedź na pyt. do SIWZ nr 35): *Użyte w ust. 1 pojęcie „bieżąca obsługa prawna” oznacza: a) Stałe świadczenie pomocy prawnej i zapewnienie profesjonalnego wsparcia wszystkim jednostkom organizacyjnym Zamawiającego, w szczególności poprzez: udzielanie porad, konsultacje, sporządzanie opinii prawnych, projektów umów i innych dokumentów, parafowanie wniosków kierowanych do Zarządu, Rady Nadzorczej i Walnego Zgromadzenia, a także innych dokumentów, udział w negocjacjach, w sprawach dotyczących/związanych z przedmiotem działalności gospodarczej Zamawiającego oraz funkcjonowaniem spółki akcyjnej i grupy kapitałowej, w szczególności w aspekcie korporacyjnym, organizacyjnym, finansowym i rachunkowym. b) reprezentowanie Zamawiającego w postępowaniach sądowych i administracyjnych, w sprawach o których mowa w pkt a) powyżej, z zastrzeżeniem, że czas poświęcony przez Wykonawcę na reprezentowanie Zamawiającego w konkretnej sprawie nie przekroczy 15 godzin. Po przekroczeniu 15-ej godziny rozliczenie dodatkowych godzin dokonywane będzie w oparciu o stawkę godzinową, określoną w § 4 ust. 2 – tj. opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i otwarty (przez pozostawienie otwartego katalogu ilości spraw w odniesieniu do których będą realizowane usługi pomocy prawnej zastępstwa procesowego w postępowaniu sądowym i administracyjnym w ramach ustalonego miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego), a także uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i złożenie oferty.*
5. Udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 37 do SIWZ, pismem Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r., która to odpowiedź jest sprzeczna z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez pozostawienie w gestii swobodnego uznania Zamawiającego decyzji, czy zlecana sprawa, której dotyczy usługa pomocy prawnej jest zbliżona do usług ujętych w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do części II SIWZ („Wykaz usług prawniczych planowanych do zlecenia kancelarii wiodącej w ramach wynagrodzenia ryczałtowego”) i czy wymaga wiadomości specjalnych, i czy

w związku z tym wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ma obowiązek wykonania usług pomocy prawnej w odniesieniu do danej sprawy w ramach miesięcznego wynagrodzenie ryczałtowego, czy też wykonawca może wykonać te usługi w ramach wynagrodzenia ustalanego według stawki godzinowej.

6. Zaniechaniu czynności udzielenia odpowiedzi na część pytania nr 34 do SIWZ, w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2014r., w zakresie zapytania o to, jakie usługi pomocy prawnej wykraczają poza bieżącą obsługę prawną w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.
7. Zaniechaniu czynności udzielenia odpowiedzi na część pytania nr 35 do SIWZ, w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2014r., w zakresie zapytania o czasochłonność (ilość) usług zastępstwa procesowego w sprawach sądowych i administracyjnych w ramach bieżącej obsługi prawnej objętej wynagrodzeniem ryczałtowym, która to odpowiedź była niezbędna do prawidłowego oszacowania kosztów usług pomocy prawnej.
8. Zaniechaniu czynności udzielenia odpowiedzi na część pytania nr 36 do SIWZ, w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2014r., w zakresie żądania wyłączenia usług zastępstwa procesowego w postępowaniu sądowym i administracyjnym z bieżącej obsługi prawnej objętej wynagrodzeniem ryczałtowym, lub podania przez Zamawiającego szacunku czasochłonności/ilości tych usług na podstawie danych z lat ubiegłych, która to odpowiedź była niezbędna do prawidłowego oszacowania przez Wykonawcę kosztów usług pomocy prawnej i przygotowania oferty.
9. Zaniechaniu czynności usunięcia/zmiany zapisów SIWZ pozostających w sprzeczności z przepisami prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym, wskazanych w pytaniu nr 37 do SIWZ, w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r., tj. zapisów § 1 ust. 4 wzoru umowy, które pozostają sprzeczne z art. 3 ust. 2 ustawy o radcach prawnych (Dz. U. 2014 poz. 637) w zw. z § 28 ust. 9 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego (tekst dostępny <http://www.kirp.pl/Akty-Prawne/Kodeks-Etyki-Radcy-Prawnego>), z uwagi na brak możliwości wskazania Zamawiającemu przez wykonawcę, że sprawa w odniesieniu do której wykonawca ma obowiązek świadczenia usług pomocy prawnej w ramach bieżącej obsługi prawnej wymaga specjalizacji w zakresie dziedzin prawa objętych usługami świadczonymi przez innych wykonawców i pozostawienie tego do decyzji Zamawiającego.
10. Zaniechaniu czynności usunięcia/zmiany zapisów SIWZ niezgodnych z przepisami prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym, wskazanych w pytaniu nr 52 do SIWZ, w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r., tj. zapisów § 2 ust. 13 wzoru umowy, które pozostają sprzeczne z art. 9 ust. 4 w związku z art. 6 i 7 ww. ustawy o radcach prawnych, z uwagi na określenie wymogów świadczenia przez radców

prawnych usług wykraczających poza świadczenie pomocy prawnej w rozumieniu ww. ustawy o radcach prawnych tj. usług w postaci pełnienia funkcji „opiekuna zadania inwestycyjnego”, wykonywania czynności „obsługi umowy inwestycyjnej”, „zapewnienia bieżącego kontaktu ze wskazanymi przez Zamawiającego osobami”.

Tak określonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 – przez rozbieżność w opisie przedmiotu zamówienia zawartego w § 1 ust. 2 wzoru umowy – cz. IV SIWZ pakiet 4 i opisie przedmiotu zamówienia zawartego w cz. II SIWZ pakiet 4 pkt 8), polegającą na tym, że z tego ostatniego elementu wynika znacznie większy zakres usług w ramach bieżącej obsługi prawnej w porównaniu do zdefiniowanego zakresu tych usług, zawartego w zmienionych postanowieniach § 1 ust. 2 wzoru umowy, co może prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert, a w konsekwencji do obowiązku unieważnienia postępowania lub unieważnienia umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6).
2. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 38 ust. 2 i 4 – przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i otwarty: po pierwsze – przyjęcie otwartego katalogu/nieokreślonej liczby spraw, w odniesieniu do których będą realizowane usługi zastępstwa procesowego w postępowaniu sądowym i administracyjnym w ramach ustalonego miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i złożenie oferty; po drugie – przyjęcie, że w gestii swobodnego uznania Zamawiającego pozostaje decyzja, czy sprawa, której dotyczy usługa pomocy prawnej mieści się w granicach „bieżącej obsługi prawnej”, czy wykracza poza nią i tym samym przyjęcie, że w gestii swobodnego uznania Zamawiającego pozostaje decyzja, czy wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ma obowiązek wykonania usług pomocy prawnej w odniesieniu do danej sprawy w ramach miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, czy też wykonawca może wykonać te usługi w ramach wynagrodzenia ustalanego według stawki godzinowej, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i złożenie oferty.
3. Art. 38 ust. 1 – przez zaniechanie czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 35 - 37 w zakresie wskazanym w pkt od 6 do 8 powyżej.
4. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 146 ust. 6 – przez zaniechanie czynności Zamawiającego usunięcia/dokonania zmiany zapisów SIWZ pozostających w sprzeczności z przepisami prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym, tj. wskazanych w pytaniach nr 37 i 52 do SIWZ, w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2014 r., i w konsekwencji (w zakresie objętym pytaniem do SIWZ nr 52) przyjęcie, z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2, niedookreślonego zakresu usług bieżącej obsługi

prawnej w zakresie realizacji przez wykonawcę funkcji „opiekuna zadania inwestycyjnego”, wykonywania czynności „obsługi umowy inwestycyjnej”, „zapewnienia bieżącego kontaktu ze wskazanymi przez Zamawiającego osobami”.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie pytań do SIWZ nr 34 - 37.
2. Powtórzenia czynności wyjaśnienia treści SIWZ z uwzględnieniem ustawowej zasady opisu przedmiotu zamówienia i zasady uczciwej konkurencji oraz zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
3. Dokonania zmiany treści SIWZ, tj. sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w cz. II SIWZ pakiet 4 pkt 8 - 10 i w projekcie umowy § 1 (cz. IV SIWZ pakiet 4) w drodze spójnego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu (specyfikacji), w sposób umożliwiający wykonawcom złożenie prawidłowych, porównywalnych ofert.
4. Usunięcia/ zmiany zapisów SIWZ pozostających w sprzeczności z przepisami prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym, wskazanych w odwołaniu,
5. {Alternatywnie w przypadku uznania, że skala zaniechali i/lub uchybień Zamawiającego w postępowaniu mogłaby prowadzić do konieczności unieważnienia postępowania} Dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 146 ust. 6 pzp.

Odwołujący ponadto w uzasadnieniu odwołania sprecyzował zarzuty przez podanie dalszych okoliczności prawnych i faktycznych.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

17 czerwca 2014 r. do Izby wpłynęło pismo Odwołującego z tej daty, w którym oświadczył, że – działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy pzp – cofa odwołanie wniesione 12 czerwca 2014 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Zarówno na odwołaniu jak i powyższym piśmie widnieją podpisy wszystkich trzech współników Kancelarii Prawniczej Energo-Lex s.c. J. K., H. N., M. P. z Konstancina-Jeziorny.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów

odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Z uwagi na cofnięcie przez Kancelarię Prawniczą Energo-Lex s.c. J. K., H. N., M. P. z Konstancina-Jeziorny odwołania przed otwarciem rozprawy – Izba – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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: