

Sygn. akt XXIII Zs 74/21

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 sierpnia 2021r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych

w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	Weronika Żołdak

po rozpoznaniu 13 sierpnia 2021r. w Warszawie na rozprawie

sprawy o udzielnie zamówienia publicznego

przy udziale:

(...) Kancelarii Radców Prawnych (...) spółki partnerskiej w W.,

(...) spółki partnerskiej Radców Prawnych i Adwokatów w S.,

Kancelarii Radców Prawnych (...) w W.,

T. S.

przeciwnika skargi (...) spółki komandytowej w W.

na skutek skargi zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21

1. oddała skargę ,

2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) spółki komandytowej w W. 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. akt **XXIII Zs 74/21**

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w K., ul. (...), (...)-(...) K. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Obsługa prawna Oddziału GDDKiA w

K." o nr: (...). Ogłoszenie o zamówieniu o nr (...) zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.03.2021 r. oraz na platformie zakupowej zamawiającego pod adresem: (...).

Jeden z wykonawców - (...) Sp. K., ul. (...), (...)-(...) W. wniósł odwołanie od postanowień treści SWZ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż uznał je za niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.) w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 19a ust. 5 pkt 4 lit. b tiret piąte i art. 106j ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 z późn. zm.) oraz § 1 pkt 2 i § 5 pkt 2 lit b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) wyrażające się w wykorzystaniu pozycji dominującej zamawiającego, polegające na ustanowieniu w OPZ i umowie takiego mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z którym wykonawca zawsze zobowiązany będzie do wnioskowania o zasądzenie tych kosztów przedkładając wystawioną na zamawiającego fakturę VAT

a) w sytuacji, gdy Izba zasądzi te koszty na rzecz zamawiającego, a koszty zostaną wyegzekwowane, zamawiający zapłaci ich sumę wykonawcy lecz wartość wynagrodzenia brutto uzyskanego przez wykonawcę z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO pomniejszy wartość brutto najbliższej faktury wykonawcy z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, co w istocie spowodować się będzie do obniżenia należnego wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego w tytułu świadczonej usługi bieżącej obsługi prawnej mimo jej należytego wykonania oraz w sposób niedozwolony modyfikuje bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa podatkowego w przedmiocie momentu powstania zobowiązania podatkowego;

b) w sytuacji, gdy Izba nie zasądzi tych kosztów na rzecz zamawiającego wykonawca zobowiązany będzie do dokonania „korekty” faktury, ku czemu przepisy prawa podatkowego nie dają podstaw, gdyż okoliczność taka nie może być przyczyną „korekty”, a co więcej, czynić będzie nie polegającym na prawdzie oświadczenie pełnomocnika składanego przed Izbą o poniesieniu przez jego mocodawcę kosztów zastępstwa procesowego.

2) naruszenie przepisu art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 ustawy Pzp wyrażające w wykorzystaniu pozycji dominującej zamawiającego, polegające na ustanowieniu wymagania, aby Lider/Koordinator zespołu radców prawnych/adwokatów wykonawcy pełnił dyżury prawne w siedzibie zamawiającego codziennie co najmniej przez 4 godziny obok innego członka Personelu Kluczowego, co stanowi:

a) zbyt daleko idącą ingerencję w sposób organizacji pracy przez wykonawcę, zwłaszcza, że zgodnie z postanowieniem § 3 ust. 4 wzoru Umowy to wykonawca odpowiada za jakość, terminowość i zgodność z obowiązującymi przepisami prawnymi czynności wykonywanych w ramach Umowy, kierując do wykonania zamówienia wymagany przez zamawiającego Personel Kluczowy, a obecność lub brak obecności Lidera/Koordinatora codziennie w siedzibie zamawiającego nie jest czynnikiem decydującym, czy mającym na celu zapewnić należyłą jakość realizowanych usług, skoro i tak tylko jeden członek zespołu (poza Liderem/Koordinatorem), a nie każdy z nich, ma być dostępny w siedzibie Zamawiającego danego dnia, przy jednoczesnej, pełnej dostępności zdalnej - co wskazuje, że należyta koordynacja realizacji umowy odbywać się będzie i tak w sposób w większości zdalny (przez porozumiewanie się Lidera/Koordinatora w sposób zdalny z zespołem),

b) zbyt daleko idącą ingerencję w sposób organizacji pracy przez wykonawcę, narzucając mu wręcz niemożliwe do spełnienia wymagania (konieczne do spełnienia przez cały, 36 miesięczny okres świadczenia usługi), nie uwzględniające jakiegokolwiek możliwości zastępstwa Lidera/Koordinatora inną osobą przy świadczeniu codziennego, co najmniej 4 godzinnego dyżuru w siedzibie zamawiającego (nawet w wypadku urlopu, choroby czy innych organizacyjnych losowych zdarzeń);

3) naruszenie przepisu art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 58 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z przepisem art. 8 i art. 16 ustawy Pzp wyrażające w wykorzystaniu pozycji dominującej zamawiającego, polegające na ustanowieniu arbitralnego prawa zamawiającego do wyrażania lub niewyrażania zgody na świadczenie usługi w formie pracy zdalnej, bez wskazania ku temu żadnych obiektywnych i weryfikowalnych kryteriów oraz bez uwzględnienia trybu pracy pracowników zamawiającego i wykonawcy oraz chociażby panującej sytuacji epidemicznej oraz bez żadnego trybu odwoławczego;

4) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia co do zakresu świadczonej pomocy prawnej, wyrażające się w:

a) możliwości powierzenia wykonawcy świadczenia pomocy prawnej w zakresie spraw nie wymienionych wprost w OPZ, jeżeli „charakter tych spraw dotyczy działalności zamawiającego w zakresie zagadnień związanych z działalnością wewnątrznych komórek organizacyjnych i odpowiada kwalifikacjom oraz uprawnieniom Wykonawcy" (TOM III SWZ - OPZ pkt 2.2.), bez jakiegokolwiek sprecyzowania przede wszystkim przedmiotu tej pomocy prawnej oraz jej zakresu, w tym czasowego,

b) braku oszacowania w dokumentach zamówienia liczby: opinii pisemnych, stanowisk pisemnych, spotkań poza siedzibą zamawiającego, zastępstw procesowych, zastępstw przed KIO, chociażby na podstawie danych historycznych oraz planowanych oraz zrealizowanych dotychczas inwestycji

- co nie pozwala wykonawcy na pełne zidentyfikowanie obowiązków do których wykonywania zobowiązany będzie w toku realizacji umowy oraz nie pozwala na należyte wyszacowanie kosztów realizacji zamówienia, a przez to złożenie konkurencyjnej i należytej sporządzonej oferty;

5) art. 112 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez ustanowienie nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania przez Lidera/Koordynatora radców prawnych/adwokatów Wykonawcy doświadczenia zawodowego przez min. 24 miesiące jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonych lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, w sytuacji, gdy czas na jaki zawierana jest umowa wynosi 36 miesięcy:

a) a rękojmię należytego wykonania zamówienia może dawać Wykonawca dysponujący osobą skierowaną do realizacji zamówienia jako Lider/Koordynator posiadającą 12 miesięczne doświadczenie w podanym wyżej zakresie i czas ten pozwala na zdobycie niezbędnych kompetencji i doświadczenia do realizacji umowy z Zamawiającym,

b) i wymaganie doświadczenia zawodowego osoby skierowanej do wykonania zamówienia w proporcji % do czasu przez jaki świadczona ma być usługa jawi się jako rażące ograniczenie konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) wprowadzenia do dokumentów zamówienia postanowienia zgodnie z którym:

„Niezależnie od wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający zapłaci wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie w wysokości kosztów zastępstwa procesowego:

1) jako kwotę brutto zasądzonych na rzecz zamawiającego lub jemu przyznanych, jeśli pełna kwota zastępstwa procesowego została wyegzekwowana od strony przeciwnej w okresie trwania umowy. Płatność następować będzie na podstawie faktury VAT wystawianej raz w miesiącu w ostatnim dniu miesiąca, do której załączony będzie wykaz zasądzonych i wyegzekwowanych kwot zastępstw procesowych;

2) jako kwotę 3.600 zł brutto na podstawie faktury VAT przedkładanej w Krajowej Izbie Odwoławczej" wraz z wymaganym przepisami prawa oświadczeniem."

oraz dostosowania dokumentacji postępowania do tego postanowienia,

b) usunięcie wymagania w zakresie obowiązkowego, codziennego świadczenia przez Lidera/Koordynatora dyżuru w siedzibie zamawiającego oraz wprowadzenie do dokumentów zamówienia postanowień, zgodnie z którymi:

„Wykonawca świadczyć będzie usługę osobiście lub przy pomocy innych wskazanych przez Wykonawcę osób spełniających warunki wskazane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”,

„Usługi realizowane będą przez pełnienie dyżuru w siedzibie Zamawiającego w następujący sposób: 5 razy w tygodniu w dni robocze po 8 godziny dziennie - tj. 40 godzin w tygodniu, w godzinach pracy Zamawiającego 7:30-16:15. Szczegółowe godziny obecności Wykonawcy lub poszczególnych osób skierowanych do realizacji zamówienia zostaną określone w harmonogramie, który zostanie pisemnie uzgodniony przez Strony w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy”,

„Wykonawca skieruje niezbędną ilość radców prawnych/adwokatów spełniających wymagania określone w SWZ do pełnienia dyżurów prawnych w siedzibie Zamawiającego w ilości 40 godzin tygodniowo, pięć razy w tygodniu w dni robocze tj. od poniedziałku do piątku po 8 godzin dziennie (co najmniej jedna osoba jednego dnia) oraz zapewni dostępność zdalną tych osób, które nie świadczą danego dnia dyżuru w siedzibie Zamawiającego, w tym z wykorzystaniem kwalifikowanego podpisu elektronicznego”

oraz dostosowania dokumentacji postępowania do ww. postanowień,

c) dokonania zmiany § 4 ust. 2 zdanie ostatnie Tomu II SWZ - PPU przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „Dopuszczalna jest możliwość wykonywania usługi w formie pracy zdalnej, zgodnie z potrzebami Oddziału, co uwarunkowane będzie organizacją pracy Zamawiającego lub Wykonawcy zdeterminowaną okolicznościami związanymi z panującą sytuacją epidemiczną.”,

d) dokonania zmiany TOMU III SWZ - OPZ przez:

- określenie w pkt 2.2 przedmiotu oraz maksymalnego zakresu, w tym czasowego opisanego tam przedmiotu pomocy prawnej, który jako dodatkowy będzie mógł zostać zlecony wykonawcy, ze wskazaniem również formy takiego zlecenia, oraz sposobu rozliczenia oraz z zastrzeżeniem, że powierzenie takiego, dodatkowego zakresu możliwym będzie z co najmniej 2 tygodniowym wyprzedzeniem,

- określenie w OPZ szacunkowej liczby: opinii pisemnych, stanowisk pisemnych, spotkań poza siedzibą zamawiającego, zastępstw procesowych, zastępstw przed KIO, sporządzonej na podstawie danych historycznych oraz planowanych oraz zrealizowanych dotychczas inwestycji,

e) dokonania zmiany pkt 8.2.b.1.a Tomu I SWZ (warunek dot. doświadczenia Lidera/Koordynatora) przez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonych lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem

dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC”,

2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło 4 wykonawców tj. (...) Radców Prawnych (...) Spółka Partnerska, ul. (...), (...)-(…) W., Kancelaria (...), ul. (...), (...)-(…) W., Kancelaria Radców Prawnych (...)Sp. p., (...), (...)-(…) W., (...) Spółka Partnerska Radców Prawnych i Adwokatów, ul. (...), (...)-(…) S.. Wszyscy podwykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnicy postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że w ocenie zamawiającego, argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego postępowania.

Wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu 4 lit. b) odwołania z powodu jego wycofania przez odwołującego, w pkt 2 uwzględniła odwołanie w zakresie: 2a. zarzutu z pkt 3.2 OPZ i nakazała zamawiającemu jego zmianę oraz odpowiednią zmianę postanowienia § 8 pkt 4-8 wzoru umowy, 2b. zarzutu z pkt 2 lit b i w tym zakresie nakazała zamawiającemu wskazanie okoliczności, kiedy i przez jaki okres nieobecność Lidera zespołu/koordynatora w siedzibie zamawiającego, będzie usprawiedliwiona zaistniałymi okolicznościami, 2c. zarzutu nr 5 pkt a) i nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany dotychczasowej treści pkt. 8.2.b.1.a Tomu I SWZ i ustalenie warunku doświadczenia koordynatora/Lidera zespołu na okres min 12 miesięcy, w pkt 3 w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła, zaś w pkt 4 zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500, 00 złotych, i: 4a. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 500,00 złotych tytułem zwrotu 3/5 kosztu wpisu od odwołania (pkt 4a) oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1440,00 złotych tytułem zwrotu 2/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 4b).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, że odwołanie było co do części zarzutów zasadne.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności zarzutu pierwszego, dotyczącego wykorzystaniu przez zamawiającego pozycji dominującej, polegającej na braku wypłacania wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zasądzonych i wyegzekwowanych kosztów zastępstwa prawnego przed organami orzekającymi w tym i KIO, Izba przedmiotowy zarzut uwzględniła. Oceniając powyższe stwierdziła, że kierunek ustalonego przez zamawiającego sposobu rozliczenia wykonawcy, jest niewłaściwy. KIO wskazała, że umowa o świadczenie usług prawnych, jako szczególny rodzaj umowy zlecenia jest rzeczywiście typowym przykładem umowy starannego działania, to znaczy przyjmujący zlecenie nie ponosi odpowiedzialności w stosunku do swego mocodawcy za wynik podejmowanych przez siebie działań, lecz za należyłą staranność, jakiej dołożył przy wykonywaniu obowiązków. Tym samym istotą wynagradzania przy tego rodzaju umowach jest uzyskanie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu nadzwyczajnej staranności wykonawcy zakończonej uzyskaniem pozytywnego rozstrzygnięcia sporu dla zamawiającego. Izba zauważyła, że kwestie to mają uregulowania ustawowe i tak przykładowo ustawa o radcach prawnych statuuje prawo do uzyskiwania dodatkowego wynagrodzenia w oparciu o przepis art 224, zaś w kwestii tej stanowisko zajmowała wielokrotnie Komisja Etyki i Wykonywania zawodu Krajowej Izby Radców Prawnych, która w stanowisku z dnia 9 września 2019 roku uznała, że wymieniony powyżej przepis statuuje prawo nabywania dodatkowego wynagrodzenia przez radcę prawnego oraz charakteryzuje rodzaj tego wynagrodzenia. Przede wszystkim wspomniany przepis konstytuuje dwie przesłanki uprawniające do nabycia dodatkowego wynagrodzenia: zasądzenie kosztów zastępstwa sądowego na rzecz strony zastępowanej lub przyznanych jej w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu lub postępowaniu egzekucyjnym oraz ściągnięcie tychże kosztów od strony przeciwnej. W przedmiotowym stanowisku Komisji Etyki wskazano również, że wynagrodzenie dodatkowe ma charakter motywacyjny i warunkowy.

KIO wskazała, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający ustalili, że w razie zasądzenia i wyegzekwowania od strony przeciwnej kosztów zastępstwa zamawiającego przed organem orzekającym w tym i KIO, to zamawiający wypłaci wykonawcy uzyskane wynagrodzenie, ale wykonawca pomniejszy o kwotę wynagrodzenia wysokość miesięcznej faktury za usługę, czyli de facto zwróci zamawiającemu uzyskaną kwotę dodatkowego wynagrodzenia, współfinansując tym samym działalność zamawiającego. Jeszcze bardziej radykalnym, w ocenie Izby, rozwiązaniem w który zamawiający nadużywa swojej pozycji, jako gospodarza postępowania jest postanowienie z § 8 pkt 8 projektu

umowy, w który ustala, że „W przypadku gdy Wykonawca składając przed KIO wniosek o zasądzenie ww. kosztów przedłożył fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego, a KIO nie zasądziło na rzecz Zamawiającego tych kosztów - Wykonawca dokona stosownej korekty faktury.

Izba wywiodła, że w takiej sytuacji następowaloby naruszenie charakteru wiążącej strony umowy jako umowy starannego działania, a zmierzałoby do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Przy czym Izba nie znalazła podstaw prawnych do uznania stanowiska zamawiającego o rzekomych ustaleniach audytora w zakresie dodatkowego wynagrodzenia radców prawnych/adwokatów i wnioskach skierowanych w tym zakresie do zamawiającego. Po pierwsze wskazała, iż żadnych dowodów na piśmie w tym zakresie zamawiający nie przedstawił, a nadto po drugie, zamawiający nie wskazał, a Izba nie znalazła podstaw prawnych dla przyjęcia iż wypłata wykonawcy uzyskanych od strony przeciwnej kosztów zastępstwa stanowiłaby naruszenie ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity Dz. U z 15 lutego 2021 roku poz. 289).

KIO podkreśliła, że cena wykonania zamówienia podana w ofercie wynika wprost z opisu zakresu przedmiotu zamówienia oraz zasad wykonywania usługi, jakie ustali w SWZ zamawiający. Niewątpliwym jest, że w przedmiotowym stanie faktycznym wykonawcy w kalkulują w cenę oferty przewidywaną ilość zastępstw zamawiającego przed organami orzekającymi i związany z tym wzrost obowiązków wykonawcy i przewidywane z tym zmniejszenia kwoty miesięcznych faktur. Co w konsekwencji może być mniej korzystne dla zamawiającego od stanu, kiedy zamawiający wypłacałby na ogólnych i czytelnych zasadach kwoty wynagrodzenia dodatkowego z tytułu zastępstwa procesowego zamawiającego.

Izba zauważyła, że również w zakresie tego zarzutu odwołujący podnosił, że zamawiający w ramach tego postępowania w sposób niezrozumiały oczekuje wielokrotnie większego zaangażowania ilości radców/adwokatów, niż to miało miejsce w poprzednich postępowaniach (gdzie np. w postępowaniu wszczętym w 2014 roku oczekiwane było zaangażowanie tylko 1 prawnika). Izba wskazała, że zgodnie z § 4 pkt 2 założeń umownych dyżur prawny, pełniony będzie codziennie od poniedziałku do piątku (z wyjątkiem dni wolnych od pracy), przez łącznie co najmniej 2 osoby (przez 8 godzin dziennie) Nadto dyżur Lidera/Koordynatora nie może być krótszy niż 4 godzinny dziennie. Pełnienie dyżuru prawnego polega na stałej obecności odpowiedniej liczby osób personelu w siedzibie Zamawiającego. Nadto w pkt 6 ustalił, że w przypadku, gdy Radca Prawny/Adwokat, w danym dniu nie pełni dyżuru prawnego w siedzibie zamawiającego winien być dostępny dla zamawiającego telefonicznie lub poprzez pocztę elektroniczną w godzinach, w których pełniony jest dyżur. Tak więc de facto dziennie czterech prawników będą oddelegowane do pracy u zamawiającego, co niewątpliwie będzie generowało dodatkowe koszty zawarte w cenie oferty. Izba nie znalazła w tym zakresie działania zamawiającego naruszającego przepisy prawa podkreślając, że zamawiający ma prawo wymagać, aby określona ilość osób realizowała zamówienie, pod warunkiem, że ma to uzasadnienie potrzebą zamawiającego.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania, a także obostrzenia co do formułowania treści sentencji orzeczenia z przepisu art. 554 ust.6 Pzp Izba uznała i wskazała zamawiającemu zasadność przyjęcia rozwiązania, powszechnie stosowanego na rynku usług prawnych tj. wypłaty po spełnieniu ustawowych wymagań odnoszących się dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy z tytułu uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy, bądź jednoznacznego stwierdzenia, że wykonawcy takie dodatkowe wynagrodzenie nie przysługuje. Natomiast w zakresie zarzutu i żądania co do obowiązku codziennej obecności Lidera/koordynatora zespołu w siedzibie zamawiającego w wymiarze co najmniej 4 godz. Dziennie (częściowo omówionego powyżej) Izba oddaliła zarzut w tej części, gdyż mimo, iż takie wymaganie wydaje się być nadmierne to jednak mieści się w ramach dopuszczalnych uregulowań umownych. Podobnie również Izba zważyła w kwestii zarzutu o potrzebie odmiennego uregulowania możliwości świadczenia pracy zdalnej uznając, że na obecnym etapie przedwczesne jest ustalanie, iż taka potrzeba uregulowania wynika między innymi z sytuacji covidowej. Niewątpliwym, zdaniem Izby jest fakt, że to zamawiający ma prawo ustalenia czy wykonywana przez wykonawcę usługa winna być wykonywana tylko stacjonarnie, czy też może być świadczona naprzemiennie, poprzez włączenie możliwości świadczenia pracy zdalnej.

Izba uwzględniła także zarzut z pkt 2 lit b odwołania uznając, że wykonawca ma prawo wiedzieć w jakiej sytuacji i po jakim okresie nieobecności Lidera/Koordynatora zespołu, będzie musiał przedstawić inną osobą na to stanowisko.

KIO podkreśliła, że nie jest zasadne stanowisko zamawiającego który stwierdził, że o potrzebie zastępstwa Lidera zespołu będzie decydował w zależności od zaistniałej sytuacji. Niewątpliwie ma do tego prawo. Jednakże należy także przyznać rację wykonawcy, iż niezbędne jest dla prawidłowej organizacji pracy określenie przez zamawiającego sytuacji, kiedy nieobecność Lidera będzie uznana za usprawiedliwioną, a nadto wskazania, że np. w po okresie dwutygodniowej nieobecności Lidera będzie wymagane przedstawienie zamawiającego innej osoby na to stanowisko. W ocenie Izby niedopuszczalną byłaby sytuacja, kiedy zamawiający takiej zamiany oczekiwaliby „z dnia na dzień”, nie pozostawiając wykonawcy czasu na znalezienie odpowiedniej osoby dedykowanej na stanowisko Lidera zespołu.

Zarzut trzeci został oddalony przez Izbę z argumentacji po części omówionej powyżej. Nadto Izba uznała, że brak jest podstaw na obecnym etapie stwierdzania przez Izbę, iż wskazany w projekcie postanowień umownych sposób zezwalania wykonawcy na pracę zdalną, może być konfliktogenny gdyż w SWZ nie ustalono możliwości odwołania się wykonawcy od decyzji zamawiającego. Wskazać należy, że decydem w tym zakresie będzie dyrektor Oddziału GDDKiA lub wyznaczony pracownik. Niezasadne jest na tym etapie przewidywanie, że dokonane ustalenia w tym zakresie będą rodziły konflikty uniemożliwiające realizację umowy.

Oddalony został też zarzut dotyczący braku wyczerpującego wskazania przez zamawiającego w SWZ zakresu spraw, które zamawiający może powierzyć do realizacji wykonawcy. Izba analizując treść postanowień umownych wskazanych w §1 ust 2 stwierdza, że zamawiający w 39 punktach wymienił chyba wszystkie dziedziny prawa jak i działań, które mogą być przedmiotem realizacji umowy. Izba zważyła, że podane w ust.3 projektu umowy ustalenie, że „Zamawiający może również włączyć do zakresu obowiązków Wykonawcy pomoc prawną w zakresie spraw nie wymienionych powyżej, jeżeli charakter tych spraw dotyczy działalności Zamawiającego w zakresie zagadnień związanych z działalnością wewnętrzną komórek organizacyjnych i odpowiada kwalifikacjom oraz uprawnieniom Wykonawcy” jest pewną formą dopuszczalnego zabezpieczenia się zamawiającego, przed możliwością pojawienia się do rozstrzygnięcia sprawy nie wykazanej w wykazie i możliwością odmowy ze strony wykonawcy, podjęcia się jej załatwienia.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu ozn. nr Izba zauważyła, że warunki udziału w postępowaniu winny być tak wyselekcjonowane, aby została zachowana równowaga między interesem polegającym na uzyskaniu przez zamawiającego rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań eliminować z udziału w postępowaniu. KIO uznała, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że po pierwsze, na rynku jest dostatecznie duża liczba prawników spełniająca wymagania zamawiającego w zakresie warunku udziału, a po drugie nie wykazał, że tylko osoba mająca co najmniej 24 miesięczne doświadczenie przy obsłudze kontraktów wykonywanych w ramach warunków kontraktowych FIDIC.

Odnosząc się do kosztów postępowania Izba z analizy treści odwołania oraz podniesionych w odwołaniu zarzutów uznała, że zostało podniesionych pięć zarzutów. Wobec takiego ustalenia oraz faktu, iż trzy z podniesionych zarzutów odwołania zostały uwzględnione, a dwa oddalone, to KIO ustaliła, że odwołujący wygrał w 3/5 zarzuty odwołania, a zamawiający uzyskał korzystny wynik w ilości 2/5 podniesionych zarzutów. Powyższe ustalenie znalazło przełożenie na rozdział kosztów postępowania w wyniku którego zamawiający został obciążony 3/5 kwoty wpisu od odwołania, a odwołujący ma zwrócić zamawiającemu 2/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Skargę na powyższe wywiódł zamawiający zaskarżając wyrok KIO w części dotyczącej uwzględnienia zarzutów w punkcie 2a i 2c sentencji oraz w części dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego w punkcie 4a i 4b sentencji. Rozstrzygnięciu zarzucono:

naruszenie przepisów postępowania, a to przepisu art. 542 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

1) wybiórcze, stanowiące w istocie dowolne zamiast wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w zakresie uwzględnienia zarzutu w części dotyczącej pkt 2a sentencji wyroku, polegające na pominięciu, iż zmianą SWZ dokonaną pismem z dnia 21.04.2021, znak:(...) o której Skarżący zawarł również informację w odpowiedzi na odwołanie z 22.04.2021 r., zamawiający zmodyfikował postanowienia SWZ, tj. pkt 3.2.2. OPZ, § 8 ust. 7 PPU i usunął § 8 ust. 8 PPU, w konsekwencji której Izba rozpoznawała odwołanie na nieaktualnym stanie faktycznym,

co w konsekwencji doprowadziło do niewłaściwego uwzględnienia zarzutu wymienionego w punkcie 2a sentencji zaskarżonego wyroku, zamiast jego oddalenia.

2) wybiórcze, dowolne zamiast wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, co doprowadziło do błędnych ustaleń stanu faktycznego i w konsekwencji naruszenia art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie zarzutu w części dotyczącej pkt 2a sentencji wyroku, i uznania, że zaskarżone postanowienia umowy i opisu przedmiotu zamówienia dotyczące kosztów zastępstwa procesowego zostały sformułowane z uchybieniem uregulowaniom ustawowym, w sytuacji gdy prawidłowa, zgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz wszechstronna ocena materiału dowodowego powinna doprowadzić do jego oddalenia, w związku z tym, iż brak jest podstaw prawnych do takiego stwierdzenia, bowiem zaskarżone postanowienie nie narusza żadnych przepisów ustawy Pzp, innych ustaw ani norm deontologicznych wykonywania zawodu radcy prawnego i adwokata, co potwierdza zgromadzony w sprawie materiał dowodowy.

3) poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny materiału dowodowego tj. w szczególności z dowodów z dokumentacji postępowania, w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego polegającej na odmówieniu wiary twierdzeniom skarżącego jako nieudowodnionym z jednoczesnym, nielogicznym i bezkrytycznym udzieleniem wiary niepopartego żadnymi dowodami twierdzeniu przeciwnika skargi, jakoby na terenie działalności zamawiającego był tylko jeden prawnik, który był w stanie sprostać warunkom postawionym przez skarżącego dotyczącym ustalenia warunku udziału w postępowaniu na poziomie objętym zarzutem z punktu 2c sentencji wyroku (warunek dotyczący posiadania przez Lidera/Koordynatora obsługi prawnej doświadczenia na poziomie co najmniej 24 miesięcy na 1 umowie realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC), podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego oraz przywołanych przez skarżącego faktów dotyczących dotychczasowych inwestycji zamawiającego, powinna doprowadzić do uznania, że już z samych zrealizowanych i realizowanych inwestycji tylko na rzecz zamawiającego wynika, iż twierdzenie przeciwnika skargi było nieprawdziwe, zatem zarzut winien zostać oddalony.

2. naruszenie przepisu postępowania, a to przepisu art. 559 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku KIO pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym zaniechania ustalenia faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła i przyczyn, dla których odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, a także wyprowadzenia wniosków wewnątrznie sprzecznych i bez zachowania logiki wnioskowania, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwego ustalenia stanu faktycznego przez Izbę i wadliwego rozstrzygnięcia w zakresie dwóch zaskarżonych zarzutów.

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 22<sup>(4)</sup> ust. 1 ustawy o radcach prawnych, poprzez jego błędną wykładnię, skutkującą jego nieprawidłowym zastosowaniem do stanu faktycznego będącego podstawą rozpoznania odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego uwzględnienia zarzutu w części dotyczącej pkt 2a sentencji wyroku, polegającą na przyjęciu, iż przepis ten jako mający zastosowanie do niniejszej sprawy, stoi na przeszkodzie postanowieniom PPU oraz OPZ skarżącego w zakresie uregulowania kosztów zastępstwa procesowego, podczas gdy przepis ten, zgodnie z doktryną i orzecznictwem, a także przywołanym przez Izbę stanowiskiem Komisji Etyki ma zastosowanie jedynie do radców prawnych świadczących pracę w ramach stosunku pracy, więc nie może stanowić on o nieprawidłowości przyjętych przez skarżącego projektowanych postanowieniach umowy, jako że dotyczy rozszczeń pracowniczych, zatem prawidłowa wykładnia Izby tego przepisu powinna doprowadzić jego oceny jako niemającego zastosowania w sprawie i oddalenia zarzutu.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołania także w zakresie zarzutów określonych w punkcie 2a i 2c sentencji wyroku oraz zmianę postanowienia 4a i 4b sentencji wyroku w zakresie kosztów postępowania odwoławczego poprzez: zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 1500,00 złotych tytułem zwrotu 1/5 kosztu wpisu od odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 2880,00 złotych tytułem zwrotu 4/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.



W odpowiedzi na skargę odwołujący wniósł o oddalenie skargi, zasądzenie na rzecz przeciwnika skargi od skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm prawem przepisanych oraz oddalenie wniosku dowodowego - jako spóźnionego.

W piśmie procesowym z dnia 13 sierpnia 2021 r. Kancelaria Radców Prawnych (...) uczestnik postępowania przystępujący po stronie odwołującego wniósł jak przeciwnik skargi o jej oddalenie.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

W ocenie Sądu Okręgowego skarga jako bezzasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w pełni aprobuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej co do poszczególnych zarzutów poniesionych w odwołaniu. Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela także ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób kompleksowy i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego i poczyniła na jego podstawie prawidłowe ustalenia faktyczne. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty wywiedzione w pkt 1 petitum skargi. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać trzeba też, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym.

Zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadne są zarzuty naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego choćby już z tego względu, że podnosząc omawiane zarzut skarżący nie wskazał nawet jakim dokładnie dowodom skład orzekający odmówił wiarygodności oraz na czym konkretnie polegały uchybienia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, których dopuścić miała się Izba. Prawidłowe postawienie zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy nPzp wymaga natomiast wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwą ocenę jego wiarygodności bądź mocy dowodowej (pod. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 25.11.2003 r., sygn. II CK 293/02 na gruncie ustawy dPzp). Tego rodzaju zarzutów skarżący co od zasady nie przedstawił.

W treści omawianych zarzutów naruszenia przepisów postępowania skarżący wskazywał natomiast, że Krajowa Izba Odwoławcza błędnie pominęła przy wyrokowaniu, iż

zamawiający zmianą SWZ dokonaną pismem z dnia 21 kwietnia 2021 r. (znak: (...)) zmodyfikował postanowienia SWZ, tj. pkt. 3.2.2. OPZ, § 8 ust. 7 PPU i usunął § 8 ust. 8 PPU. Skutkiem tego pominięcia miało być w ocenie skarżącego rozpoznanie przez Izbę odwołania na nieaktualnym stanie faktycznym.

Z powyższym twierdzeniem skargi nie sposób się zgodzić. Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku prowadzi bowiem do wniosku, że Krajowa Izba Odwoławcza w podstawie swojego orzeczenia uwzględniła dokonane przez zamawiającego pismem z dnia 21 kwietnia 2021 r. zmiany, jednak uznała, że mają one jedynie pozorny charakter i nie prowadzą do eliminacji wskazywanego przez odwołującego problemu.

Przed konkretną oceną podniesionych w skardze zarzutów dla porządku należy powołać wskazane postanowienia SWZ. Otóż w pierwotnym brzmieniu - przed wniesieniem odwołania do Izby - § 8 ust. 4-8 Tomu II SWZ stanowiły, że:

4. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie z tytułów kosztów zastępstwa procesowego, zasadzonych na rzecz Zamawiającego lub przyznanych Zamawiającemu w ugodzie lub postępowaniu egzekucyjnym, przy czym nie zwalnia to pełnomocnika z obowiązku składania wniosku o zwrot na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu sadowym lub przed innym organem, np. KIO.

5. Obowiązkiem Wykonawcy jest występowanie do sadu lub innych organów orzekających z wnioskami o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości co najmniej sumy stawki minimalnej przewidzianej dla danej wartości przedmiotu sporu albo rodzaju sprawy określonej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

6. W przypadku zastępstwa przed KIO Wykonawca ma obowiązek występowania do KIO z wnioskiem o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z zasadami właściwymi dla postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą,

7. Wykonawca, składając przed KIO wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa, przedłoży fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego nieprzekraczającą limitu określonego w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie delegacji zawartej w ustawie Pzp. Wartość brutto najbliższej faktury z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy, zostanie pomniejszona przez Wykonawcę, o wartość wynagrodzenia brutto zapłaconego przez Zamawiającego w związku z wystawioną fakturą z tytułu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO.

8. W przypadku, gdy Wykonawca składając przed KIO wniosek o zasądzenie ww. kosztów przedłożył fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego, a KIO nie zasądziło na rzecz Zamawiającego tych kosztów - Wykonawca dokona stosownej korekty faktury.

Po wniesieniu odwołania zamawiający dokonał zmiany ww. postanowień § 8 ust. 7 i 8 Tomu II SWZ nadając im następujące brzmienie:

7. Wykonawca, składając przed KIO wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa, przedłoży fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego nieprzekraczającą limitu określonego w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie delegacji zawartej w ustawie Pzp. Wartość brutto najbliższej faktury z tytułu miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy, zostanie pomniejszona przez Wykonawcę o wartość wynagrodzenia brutto zapłaconego przez Zamawiającego w związku z wystawioną fakturą z tytułu kosztów zastępstwa procesowego przed KIO.

8. (wykreślony).

Jak wynika z powyższego jedyną zmianą dokonaną przez zamawiającego pismem z dnia 21 kwietnia 2021 r. była de facto rezygnacja z postanowienia, w myśl którego wykonawca, w wypadku niezasądzenia kosztów przez Izbę, zobowiązany był do dokonania korekty faktury. Pomimo dokonania przez zamawiającego modyfikacji w postanowieniach SWZ pozostała natomiast regulacja, zgodnie z którą wartość faktury wystawianej przez wykonawcę i składanej w KIO wraz z wnioskiem kosztowym przez pełnomocnika, odliczana miała być miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego, jakie otrzymywać miał wykonawca w związku ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz zamawiającego, co dotyczy miało każdej faktury. Podkreślenia zaś wymaga, że przedmiotem odwołania był zarówno mechanizm obowiązkowego dokonywania korekty faktury w wypadku przegrania sprawy przed KIO przez zamawiającego, jak też mechanizm obniżania miesięcznego, ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy o wartość

wystawionej tytułem zastępstwa faktury, które obowiązywały jeszcze w dniu złożenia odwołania przez wykonawcę. Nadto, w ocenie Sądu Okręgowego, spór co do zgodności z przepisami prawa postanowień wzoru umowy pozostawał aktualny zarówno przed wniesieniem odwołania, jak i na etapie rozpatrywania odwołania przez Izbę. Zauważyć bowiem należy, że wykonawca nawet pomimo dokonania przez zamawiającego zmiany postanowień SWZ po wniesieniu odwołania, nadal upatrywał w nich tych samych naruszeń jakie wskazał w odwołaniu i popierał zarzuty odwołania w tym zakresie. W tym stanie rzeczy Izba zobowiązana była rozstrzygnąć powstały spór i nieuzasadnionym byłoby zdaniem Sądu Okręgowego oddalenie odwołania jedynie z uwagi na fakt, że zaskarżone postanowienia SWZ w dniu wyrokowania, nie brzmią identycznie jak w dacie wnoszenia odwołania.

Tym samym nie sposób podzielić forsowanej przez skarżącego tezy, iż Izba dokonała w niniejsze sprawie nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego i rozpoznała sprawę na nieaktualnym stanie faktycznym, nie uwzględniając w swoim rozstrzygnięciu dokonanej modyfikacji postanowień SWZ.

W tym kontekście chybiony okazał się też wywiedziony w pkt 1.2) petitum skargi zarzut dowolnego rozważenia materiału dowodowego poprzez uwzględnienie zarzutu w części dotyczącej pkt 2a sentencji wyroku i uznanie, że zaskarżone postanowienia umowy i opisu przedmiotu zamówienia dotyczące kosztów zastępstwa procesowego zostały sformułowane z uchybieniem uregulowaniom ustawowym.

Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku negatywnie oceniła postanowienia wzoru umowy uznając je jako sprzeczne z naturą wynagrodzenia pełnomocnika za przygotowanie i reprezentację klienta przed organem orzekającym i nakazała zamawiającemu dokonać modyfikacji postanowień SWZ. Powyższą ocenę Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własną.

Po pierwsze w ocenie Sądu Okręgowego uwzględniając odwołanie w omawianym zakresie KIO nie poczyniła żadnego uchybienia związanego z oceną zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego. Argumentacja skargi stanowi jedynie własny pogląd zamawiającego na zebrany materiał dowodowy i polemikę z tezami uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Powyższe nie może natomiast stanowić przesłanki skutecznego podważenia dokonanej przez Izbę oceny materiału dowodowego sprawy.

Uwypuklić należy przy tym, że to na zamawiającym, jako stronie podnoszącej, że przewidziana w SWZ potrzeba ustalenia sposobu rozliczania się z wykonawcą wynikała z przeprowadzonego w GDDKiA audytu jak również, że wypłacanie dodatkowego wynagrodzenia stanowiłoby naruszenie przepisów o finansach publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych, ciążył obowiązek udowodnienia powyższych okoliczności (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający nie przedstawił natomiast żadnych przekonujących dowodów świadczących o tym, że przyjęty w SWZ sposób regulacji stosunków jest zgodny z prawem, a tym bardziej wymagany przez ustawę o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, bądź też audytora. Tym samym nie sposób uznać aby zamawiający podolał ciężącemu na nim obowiązкови w zakresie dowodzenia i wykazał stosownymi dowodami słuszność swojej argumentacji.

Po drugie zaś powtórzenia za KIO wymaga, że pozbawienie wykonawcy prawa do dodatkowego wynagrodzenia za zastępstwo procesowe, jak również zastosowanie przez zamawiającego mechanizmu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą na podstawie faktury, w ten sposób, ażeby kwota z faktury pomniejszyła kwotę miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy niewątpliwie stanowi naruszenie charakteru umowy o świadczenie usług prawnych i natury tego rodzaju stosunku. W tym zakresie podzielić należy wielokrotnie wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą pogląd, zgodnie z którym stosownie do przepisu § 1 pkt 2 i § 5 pkt 2 lit b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zwrot kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą dotyczy kosztów już uiszczonych na rzecz pełnomocnika z tytułu czynności związanych z przygotowaniem i reprezentacją przed KIO. Złożenie wniosku o zasądzenie kosztów przez Izbę jest więc równoznaczne z oświadczeniem o ich poniesieniu, czego podstawą jest właśnie składana faktura. Wobec tego, mechanizm zawarty w kwestionowanych postanowieniach wzoru umowy zmuszałby wykonawcę do poświadczania nieprawdy, gdyż wniosek ten de facto nie dotyczyłby kosztów zastępstwa procesowego poniesionych przez zamawiającego i związanych z

dodatkowym nakładem pracy za przygotowanie i reprezentację przed KIO, a części kosztów stałego wynagrodzenia miesięcznego za obsługę prawną (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1868/21 i z dnia 14 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1336/21).

Z tych też względów bezzasadne jest twierdzenie skargi o zgodności omawianych postanowień SWZ z przepisami prawa.

Naruszenia wyrażonej w art. 542 ust. 1 ustawy Pzp zasady swobodnej oceny dowodów skarżący upatrywał także w ustaleniach i rozważaniach Izby w zakresie twierdzeń zamawiającego co do zgodności z prawem zastrzeżenia warunku udziału w postępowaniu dla Lidera/Koordynatora w postaci 24 miesięcznego doświadczenia, w ostatnich 5 latach, w ramach 1 umowy realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Podkreślenia wymaga, że warunki określone przez zamawiającego muszą być z jednej strony ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, co oznacza także, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do jego realizacji. Z drugiej strony oceniając zasadność warunku bierze się pod uwagę zakres, charakterystykę, stopień złożoności, specyfikę lub też sposób realizacji danego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał wymaganie aby osoba skierowana na stanowisko Lidera/Koordynatora posiadała minimum 24 miesiące doświadczenia zawodowego jako radca prawny lub adwokat, zdobytego w ramach jednej umowy (zakończonej lub będącej w trakcie realizacji) w okresie ostatnich 5 lat, polegającego na świadczeniu stałej obsługi prawnej związanej z realizacją lub nadzorem i zarządzaniem kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że wbrew twierdzeniom skargi nie sposób z treści zaskarżonego uzasadnienia wywieść, aby Izba stwierdziła, że w obszarze działalności zamawiającego tylko jeden prawnik może sprostać jego wymaganiom dotyczącym stanowiska Lidera/Koordynatora, a że zamawiający nie wykazał, iż na rynku prawniczym w K. i okolicach jest wystarczająco duża liczba prawników spełniająca taki warunek, a po drugie, że tylko i wyłącznie osoba posiadająca aż 24 miesięczne doświadczenie przy obsłudze kontraktów typu FIDIC jest w stanie zapewnić należyte wykonanie zamówienia. Powyższe stanowiło bowiem jedynie przytoczenie stanowiska odwołującego.

Za w pełni prawidłową uznać należało zaś konstatację Izby, iż wyżej przywołany warunek nie spełnia wymagań proporcjonalności, a przede wszystkim stwierdzenie, iż zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że na rynku jest dostatecznie duża liczba prawników spełniających wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, jak również zasadności wymagania minimum 24 doświadczenia zawodowego przy obsłudze kontraktów wykonywanych w ramach warunków kontraktowych FIDIC. Bezsprzecznie bowiem ciężar dowodzenia w tym zakresie spoczywał na zamawiającym zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zauważyć należy, że argumentacja zamawiającego w zakresie dostępności na lokalnym rynku osób spełniających przedmiotowy warunek koncentrowała się w niniejszym postępowaniu na wykazaniu, że treść warunku spełniają również osoby świadczące pomoc prawną na rzecz wykonawców i innych zamawiających. Skarżący nie przedstawił jednak na powyższą okoliczności żadnych dowodów. Z całą pewnością takiego dowodu nie mogło stanowić samo wyczerpanie prowadzonych ogólnie postępowań, albowiem powyższe nie dowodzi liczby osób wykonujących w ramach nich czynności, ani obiektywnych uwarunkowań rynkowych. Przy tak sformułowanym warunku celem wykazania istnienia konkurencji zamawiający powinien przedstawić np. listę prawników, którzy dysponują danym doświadczeniem, czego w niniejszej sprawie nie uczynił. Podobnie stanowisko skarżącego, iż treść wymagań w zakresie warunku udziału w postępowaniu narzucona została mu przez Centralę GDDKiA i takie wymagania znajdują się we wszystkich specyfikacjach zamówień publicznych na pomoc prawną stosowanych w jego organizacji, nie znalazło

oparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Odwołujący oraz uczestnicy przystępujący po jego stronie do niniejszego postępowania zaoferowali natomiast w toku postępowania tego rodzaju materiał dowodowy, który potwierdzał zawężenie konkurencyjności na gruncie omawianego warunku.

Zawężenie kręgu potencjalnych kandydatów do prawników z rynku lokalnego determinuje także sam opis przedmiotu zamówienia i koniecznością sprawowania dyżurów przez Lidera w siedzibie zamawiającego przez określone minima tj. codziennie przez co najmniej 4 godziny. Nadto, wymagane doświadczenie referuje do kontraktów FIDIC dla inwestycji drogowych i to w realizowanych w okresie ostatnich 5 lat. Mając na względzie, iż w ramach klauzul FIDIC kontrakty drogowe realizuje w zasadzie tylko GDDKiA, a województwie (...) jest tylko jeden oddział GDDKiA, to wywieść należy, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu mogą spełniać mogą tylko osoby mieszkające w województwie (...) oraz takie, które w ostatnich 5 latach świadczyły pomoc prawną na rzecz (...).

Z tych wszystkich względów, rozstrzygnięcie Izby regulujące zbyt wygórowaną treść omawianego warunku udziału w postępowaniu należy uznać za słuszne.

Wobec powyższego wszystkie wywiedzione w skardze zarzuty dotyczące postępowania dowodowego należy uznać jedynie za subiektywną ocenę skarżącego dokonanej przez Izbę oceny dowodów. Ocena skarżącego stanowi bowiem jedynie polemikę z niekorzystnymi dla niego wnioskami Izby, lecz nie jest skuteczną przesłanką podważenia dokonanej przez Izbę prawidłowej oceny materiału dowodowego. Dlatego też zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadne są zarzuty naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp).

Uznania Sądu Okręgowego nie znalazł także zarzut naruszenia art. art. 559 ust. 2 ustawy Pzp. Po pierwsze podkreślić należy, że podobnie jak w przypadku zarzutów dotyczących dokonanej przez KIO oceny zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego, także formułując przedmiotowy zarzut skarżący nie wskazał jakich konkretnie uchybień dopuściła się Izba dokonując ustaleń faktycznych prawnych w niniejszym postępowaniu. Skarżący nie wskazał też co do jakich dowodów KIO się nie odniosła, ani jakiej podstawy prawnej orzeczenia nie wskazała.

W ocenie Sądu Okręgowego, a wbrew sugestii skarżącego, uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera natomiast ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Zarzut wadliwego sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia może zaś być skutecznie postawiony jedynie wówczas, gdy z powodu braku w uzasadnieniu elementów wymienionych w art. 559 ust. 2 ustawy Pzp zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli instancyjnej. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie.

Uzasadnienie wyroku KIO zawiera bowiem wszystkie wymagane elementy i umożliwia dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził Izbę do wydania przedmiotowego rozstrzygnięcia. Tym samym zarzut wywiedziony w pkt 2 petitum skargi okazał się chybiony.

Na aprobatę nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 22<sup>4</sup> ust. 1 ustawy o radcach prawnych. W ramach tego zarzutu skarżący podnosił, że Izba dokonała błędnej wykładni ww. przepisu, która skutkowałą jego nieprawidłowym zastosowaniem do stanu faktycznego będącego podstawą rozpoznania odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego uwzględnienia zarzutu w części dotyczącej pkt 2a sentencji wyroku.

Choć istotnie rację ma skarżący, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia powołała się na art. 22<sup>4</sup> ust. 1 ustawy o radcach prawnych oraz stanowisko Komisji Etyki i Wykonywania Zawodu Krajowej Izby Radców Prawnych, to zauważenia wymaga, że przywołane one zostały jedynie jako przykład modelu wynagradzania funkcjonującego na rynku właściwym dla danej usługi. Z uzasadnienia Izby nie sposób natomiast wywieść aby art. 22<sup>4</sup> ust. 1 ustawy o radcach prawnych w jakimkolwiek zakresie stanowił podstawę rozstrzygnięcia w sprawie. Nadto, Izba w treści uzasadnienia nigdzie nie wskazała, iż ww. regulacje prawne znajdują zastosowanie do wykonawcy wprost.

Wobec powyższego zarzut błędnej wykładni oraz nieprawidłowego zastosowania omawianych przepisów do stanu faktycznego niniejszej sprawy, jako bezzasadny nie mógł zasługiwać na uwzględnienie.

Reasumując, należy wskazać, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego. Podniesione w skardze zarzuty nie zdołały natomiast obalić trafnego rozstrzygnięcia Izby w jakimkolwiek zakresie.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 nPZP.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi. Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zm.). Odnośnie do stawki wynagrodzenia pełnomocnika, to uzupełniająco należy wskazać, że Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w tej niniejszej uznaje, że nie ma żadnych prawnych podstaw do stosowania stawek obowiązujących w postępowaniu odwoławczym przed KIO w sytuacji gdy tylko ww. rozporządzenie określa stawki przed organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też podkreślić, że w kognicji tutejszego Sądu nie ma kategorii spraw podobnych do skargi na orzeczenie KIO. Z tych względów jedynym wyznacznikiem stawki wynagrodzenia musi być wartość przedmiotu zamówienia – zaskarżenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Sędzia Aleksandra Komór