

Radca Prawny
Grzegorz Józefiak
Kancelaria Radcy Prawnego

Poznań, dnia 19 września 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Odwołujący:
Grzegorz Józefiak prowadzący działalność
gospodarczą pod firmą
Grzegorz Józefiak Kancelaria Radcy Prawnego
ul. Chrzanowska 15F/2
61-323 Poznań
NIP: 646-289-76-25
tel.: 663-253-617
email: grzegorz.jozefiak@post.pl

Zamawiający:
Świętokrzyski Park Narodowy z siedzibą w Bodzentynie
ul. Suchedniowska 4,
26-010 Bodzentyn
tel.: 41 311-51-06
email: zamowienia@swietokrzyskipn.org.pl

Wpis: opłata stała w wysokości 7.500 zł

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na sprawowanie obsługi prawnej nad inwestycją "Budowa Centrum Edukacyjnego ŚPN wraz z ekspozycją przyrodniczą" -nr postępowania: AT.282.80.2024.IŻ (dalej jako: „**Postępowanie**”).

Adres strony internetowej Postępowania:

<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-17219e7d-b639-466b-9fb8-db7858e6d211>

Ogłoszenie o zamówieniu: zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie nr 2024/BZP 00492304 z dnia 2024-09-10 (dalej jako: „**Ogłoszenie**”)

ul. Chrzanowska 15F/2, 61-693 Poznań

NIP: 646-289-76-25

tel. 663-253-617 email: grzegorz.jozefiak@post.pl

ODWOŁANIE

- (1) Działając w imieniu własnym, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320; dalej jako: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie na czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) w sposób naruszający przepisy Pzp, a która to treść została ustalona w dniu 19 września na podstawie odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.
- (2) Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 8 Pzp wskazanej powyżej czynności Zamawiającego stawiam zarzut naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 Pzp polegający na sformułowaniu warunku udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie związany z przedmiotem zamówienia, a to warunku opisanego w pkt 2.4.2. pkt 2 SWZ poprzez wymóg, aby wskazana osoba przygotowała i przeprowadziła postępowania o których mowa w pkt 2.4.2 pkt 2) SWZ, **w imieniu i na rzecz Zamawiającego jako jego pełnomocnik**, podczas gdy zgodnie z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”), Zamawiający w żadnym miejscu nie planuje udzielić Wykonawcy pełnomocnictwa do przeprowadzenia w imieniu i na jego rzecz jakichkolwiek postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.
- (3) W związku z przedstawionym zarzutami, wnoszę o **uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i** nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) dokonania zmiany pkt 2.4.2 pkt 2). SWZ poprzez dopuszczenie, aby wykazanie przygotowania i przeprowadzenia postępowań mogło być realizowane poprzez wykonywanie czynności w imieniu Zamawiającego bez działania na jego rzecz jako pełnomocnik,
 - 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.
 - 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.
- (4) Odwołujący złożył odwołanie w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający opublikował w dniu 19 września 2024 r. Informację dla Wykonawców nr 3, w ramach której zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 2.4.2 pkt 2 SWZ. Zgodnie zatem z ww. przepisem Pzp, termin na wniesienie odwołania przypada na dzień 24 września 2024 r. **Odwołujący kwestię złożenia odwołania w terminie przewidzianym Pzp szerzej opisuje w uzasadnieniu.**
- (5) Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, objętego niniejszym Postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, którego obszar działalności obejmuje rynek usług prawnych w zakresie obsługi inwestycji budowlanych, którego dotyczy zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący jest zainteresowany wzięciem udziału w Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje jednak uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej, w tym skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia, w prawidłowo przygotowanym i przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym osiągnięcie korzyści, w tym zysku, z tytułu wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że Odwołujący ma prawo ubiegać się o udzielenie

zamówienia objętego Postępowaniem w warunkach zgodności tego Postępowania z przepisami Pzp, w tym w szczególności podstawowych zasad odnoszących się do wszystkich postępowań prowadzonych w trybie przepisów Pzp.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

- (6) Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie podstawowym. Z momentem publikacji SWZ, sporny warunek opisany w pkt 2.4.2 pkt 2 SWZ miał następującą treść:

Adwokat / radca prawny/ prawnik zagraniczny 2 - co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata na podstawie ustawy Prawo o adwokaturze lub radcy prawnego na podstawie ustawy o radcach prawnych lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, legitymującą się aktualnym wpisem do rejestru prowadzonego przez właściwą okręgową radę adwokacką, okręgową izbę radców prawnych lub wpisem na listę prawników zagranicznych, która w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert przygotowała i przeprowadziła **w imieniu Zamawiającego [podkreślenie Odwołującego]** co najmniej 2 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym w oparciu o przepisy ustawy PZP z dn. 11 września 2019 roku (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) dot. wykonania robót budowlanych i/lub zapewnienia nadzoru inwestorskiego zakończone zawarciem umowy z wykonawcą, z czego wartość tych postępowań była równa lub wyższa od progów unijnych, a usługi te zostały zrealizowane należycie.

- (7) Na skutek złożonego przez Odwołującego odwołania, Zamawiający zmodyfikował treść tego warunku i nadał mu poniższą treść:

Adwokat / radca prawny/ prawnik zagraniczny 2 - co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata na podstawie ustawy Prawo o adwokaturze lub radcy prawnego na podstawie ustawy o radcach prawnych lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, legitymującą się aktualnym wpisem do rejestru prowadzonego przez właściwą okręgową radę adwokacką, okręgową izbę radców prawnych lub wpisem na listę prawników zagranicznych, która w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert przygotowała i przeprowadziła **w imieniu Zamawiającego [podkreślenie Odwołującego]** co najmniej 2 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym w oparciu o przepisy ustawy PZP z dn. 11 września 2019 roku (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) dot. wykonania dostaw o wartości łącznej co najmniej 10 mln zł brutto wraz z obsługą prawną umów zawartych z wykonawcą, z czego jedna z dostaw dotyczyła wyposażenia obiektu użyteczności publicznej w ekspozyty/instalacje interaktywne lub sprzęt multimedialny lub wyposażenie biurowe o wartości równej lub wyższej od progów unijnych dla dostaw, a usługi te zostały zrealizowane należycie

(8) Jednocześnie w dniu 19 września 2024 roku Odwołujący zadał Zamawiającemu następujące pytanie:

Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający dla spełnienia warunku nie wymaga, aby dana osoba przygotowała i przeprowadziła postępowania jako pełnomocnik zamawiającego a wystarczające jest - oprócz przygotowania wszystkich niezbędnych dokumentów – branie udziału w pracach komisji przetargowej jako jej członek. Innymi słowy proszę o odpowiedź, czy jest konieczne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego, o którym mowa w art. 37 ust. 3 pkt 4 Pzp.

(9) Z kolei Zamawiającym w tym samym dniu udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający wymaga, aby wskazana osoba przygotowała i przeprowadziła postępowania o których mowa w pkt 2.4.2 pkt 2) SWZ, **w imieniu i na rzecz Zamawiającego jako jego pełnomocnik.** [podkreślenie Odwołującego]

- (10) Udzielając takiej odpowiedzi Zamawiający zmodyfikował treść SWZ nadając mu nowe brzmienie. Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z orzecznictwem KIO „Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielane w trybie art. 38 p.z.p. mają takie samo znaczenie prawne jak pierwotna treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowią jej równorzędną część; **de facto często też stanowią modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (już choćby poprzez ich doprecyzowanie), nawet jeśli zamawiający formalnie nie powoła się na art. 38 ust. 4 p.z.p.**” [Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 r. KIO 1193/19, także KIO 110/15, KIO 1794/13]
- (11) Z powyższej przyczyny nie ma konieczności, aby Zamawiający mógł uznać, że jego zamiarem było tylko zwyczajne wyjaśnienie, a raczej „podtrzymanie” treści SWZ, a nie jego modyfikacja. W ewidentny sposób Zamawiający zmienił treść SWZ, nadając mu nowe brzmienie, posługując się zwrotami, których wcześniej nie można było z nich wywnioskować.
- (12) Wskazania wymaga, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Jest to kluczowy w tej materii przepis, który wprowadza następującą „definicję” pełnomocnika.
- (13) Zgodnie z art. 37 ust. 2 Pzp „Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia lub organizację konkursu, w ramach pomocniczych działań zakupowych, własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej”. Z kolei zgodnie z art. 37 ust. 3 pkt 4 Pzp „Pomocnicze działania zakupowe polegają na zapewnieniu zamawiającemu wsparcia w związku z udzielaniem zamówienia lub organizacją konkursu, w szczególności przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego”. Dopełnieniem powyższego jest art. 37 ust 4 Pzp, zgodnie z którym „Podmioty, o których mowa w ust. 2, realizując pomocnicze działania zakupowe, o których mowa w ust. 3 pkt 4, działają jako pełnomocnicy zamawiającego”.
- (14) Jak wyraźnie wynika z powyższego, ustawa Pzp wyraźnie wskazuje kiedy można mówić o pełnomocniku zamawiającego, a jest to wtedy gdy nie występuje wyłącznie działanie w imieniu, ale i

na rzecz Zamawiającego. Dana osoba może bowiem działać na gruncie Pzp w imieniu Zamawiającego i przykładowo publikować ogłoszenia, zamieszczać dokumenty, kontaktować się z wykonawcami, przekazywać im pisma. Jest w tej materii osobą upoważnioną do działania w imieniu zamawiającego, ale nie ma uprawnienia, aby w jakikolwiek sposób dokonać czynności ze skutkiem na rzecz zamawiającego, gdyż nie posiada wymaganego w tej materii pełnomocnictwa.

- (15) W podobny sposób rozumiał treść SWZ Odwołujący zadając pytanie, które zmierzało w istocie do pozbycia się jakichkolwiek wątpliwości co do oczekiwań Zamawiającego i zniwelowania ryzyka niepotrzebnych sporów przed KIO. Świadczy o tym sama treść pytania, w której Odwołujący chciał jedynie potwierdzenia, a otrzymał jednoznaczną zmianę SWZ. Odwołujący nie uważa, że konieczne było złożenie odwołania na pierwotną treść SWZ, skoro nie uważał, że narusza ono jego interes, a chciał jedynie potwierdzenia jej treści. Dopiero z momentem udzielenia odpowiedzi i zmiany treści SWZ, taka konieczność powstała.
- (16) Oczywiście, Zamawiający może się powoływać na orzecznictwo KIO zgodnie z którym „Bez znaczenia dla biegu terminu na wniesienie odwołania pozostaje fakt zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku rozpatrzenia tego wniosku nie zmienia pierwotnego brzmienia projektowanych postanowień umowy znanych wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie zamówienia od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania” [Postanowienie KIO z 25.01.2022 r., KIO 87/22, LEX nr 3326933.]. Jak już jednak wskazano, wyjaśnienie również stanowić może zmianę SWZ, a ponadto w ww. sprawie odwołujący wniósł odwołanie wobec odpowiedzi zamawiającego „Podtrzymuję zapisy SWZ”. W niniejszym stanie faktycznym, sprawa jest zgoła odmienna z przyczyn wskazanych wyżej.
- (17) Warto również dodać, co szerzej opisano w pkt II odwołania, OPZ w żadnym miejscu nie wskazuje na jakiegokolwiek działanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego jako jego pełnomocnik, co tylko wzmacnia stanowisko Odwołującego o dokonanej zmianie SWZ.

II. Uzasadnienie zarzutu

- (18) Należy w pierwszej kolejności wskazać, że naruszenie Zamawiającego jest w tej materii ewidentne, gdyż żąda on wykazania się czynnościami, których nie przewiduje w OPZ.
- (19) Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”
- (20) Jak wskazuje się w orzecznictwie
 - 1) „Ocena czy sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności jest ściśle zależna od specyfiki danego zamówienia i od tego, czy instytucja zamawiająca będzie w stanie wykazać, że dane wymaganie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i niezbędne, aby zagwarantować, że wybrany wykonawca będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. [Wyrok KIO z 18.03.2024 r., KIO 545/24, LEX nr 3702061.
 - 2) „Warunki udziału w postępowaniu wobec opisu przedmiotu zamówienia mają być proporcjonalne i pozwolić na wybór wykonawcy, który dysponuje adekwatnym do zakresu zamówienia doświadczeniem zawodowym. Zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób

umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego. [Wyrok KIO z 8.02.2024 r., KIO 163/24, LEX nr 3704955]

- 3) „Celem stawiania warunków udziału w postępowaniu nie jest zweryfikowanie potencjalnych możliwości danego wykonawcy, ale zweryfikowanie potencjału, jaki będzie potrzebny przy realizacji danego przedmiotu zamówienia. Z tego też względu ustawodawca sformułował nakaz, aby stawiane warunki były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz aby umożliwiały ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 112 ust. 1 p.z.p.). [Wyrok KIO z 10.08.2023 r., KIO 2145/23, LEX nr 3600728]

- (21) Treść OPZ jest w sposób ewidentny sprzeczna z powyższymi wyrokami. Należy zauważyć, że tylko w jednym miejscu odnosi się ona do kwestii przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z Roz. I ust. 3 OPZ przedmiot zamówienia obejmuje:

„Obsługa prawna postępowania oraz umowy zawartej z Wykonawcą będącej następstwem przeprowadzonego postępowania związanego z zaprojektowaniem i uruchomieniem ekspozycji przyrodniczej (Wystawy Stałej) Centrum Edukacyjnego, do których zastosowanie będzie miała ustawa PZP, obejmująca w szczególności:

- 1) określenie w porozumieniu z Zamawiającym sposobu wyboru wykonawców w tym trybów postępowania, kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, adekwatnych do przedmiotu zamówienia,
- 2) opracowanie dokumentów niezbędnych do wszczęcia postępowania tj. Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz ze wszystkimi załącznikami (z wyłączeniem OPZ), uwzględniających przepisy prawa w tym w szczególności ustawę PZP, akty wykonawcze, dyrektywy i rozporządzenia unijne, umowę o dofinansowanie Projektu oraz sporządzenie analizy potrzeb i wymagań,
- 3) przygotowanie odpowiedzi na pytania wykonawców w toku prowadzonego postępowania w oparciu o materiały przekazane przez Zamawiającego w tym opracowanie propozycji zmian w SWZ (wsad do odpowiedzi na pytania dotyczące OPZ przygotuje i przekaze Zamawiający),
- 4) uczestnictwo przedstawiciela Wykonawcy w posiedzeniach Komisji Przetargowej w charakterze Przewodniczącego Komisji w tym badanie oraz ocena ofert i dokumentów złożonych w postępowaniu pod kątem formalno-prawnym m.in. weryfikacja podpisów elektronicznych,
- 5) przygotowanie dokumentów kierowanych do Wykonawców w postaci wezwań, zawiadomień, informacji na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 6) przygotowanie wszelkiej dokumentacji oraz reprezentacja Zamawiającego w związku z postępowaniem odwoławczym przed KIO i sądami powszechnymi,
- 7) pośredniczenie w podpisaniu przez Zamawiającego umowy z Wykonawcą, w tym parafowanie umowy oraz weryfikacja dokumentów zabezpieczenia należytego wykonania umowy a także ubezpieczenia,
- 8) sporządzenie protokołu z postępowania,
- 9) realizację pozostałych czynności prawnych opisanych w ust. 1 od chwili zawarcia umowy z wykonawcą.

- (22) Jak wynika z powyższego, do zadań wykonawcy należą wyłącznie czynności związane z przygotowaniem dokumentów, ale już nie ich podpisanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego, gdyż to pozostaje poza zakresem OPZ. Warto zwrócić uwagę, jakim nazewnictwem posługują się Zamawiający: opracowanie, przygotowanie, sporządzenie, pośredniczenie, weryfikacja. Nic ma nic o podpisywaniu czy też zatwierdzaniu jakichkolwiek dokumentów jako pełnomocnik Zamawiającego.

- (23) Dodatkowo zgodnie z Roz IV ust 7 OPZ „Wykonawca będzie zobowiązany do **parafowania** dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia przed ogłoszeniem o przetargu lub zapytania ofertowego, parafowania protokołów odbioru zamówień realizowanych w toku Projektu przed jego podpisaniem przez przedstawiciela Zamawiającego jak i umów, aneksów i porozumień zawieranych w Projekcie, przed ich podpisaniem przez Zamawiającego oraz innych dokumentów wynikających z realizacji Projektu. Parafowanie w/w dokumentów oznacza, że dokument został sprawdzony i zaakceptowany przez konkretnego członka zespołu Wykonawcy pod względem formalno-prawnym”.
- (24) Mając na uwadze powyższe, warunek jest w sposób ewidentny sprzeczny z ustawą Pzp, nie dotyczy on bowiem w żadnym zakresie OPZ i winien zostać wykreślony lub zmodyfikowany.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu
- 2) dowód przekazania Zamawiającemu odwołania