Sygn. akt: KIO 2890/21

WYROK

z dnia 2 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 26 października 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2021 roku przez wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim Zamawiający posługuje się w warunku udziału w postępowaniu pojęciem „dużego przedsiębiorstwa" z uwagi na wycofanie zarzutu przez Odwołującego.

2. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu 2.

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL wykreślenie kryterium Usługa kompleksowa wskazana w rozdz. XV SWZ pkt 4 o wadze 20%.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych Ć.

i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie oraz i Zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie :

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie,

3.2 zasądza od wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie kwotę 1 800 zł 00 gr

(słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika stosowanie do wyniku postępowania oraz zasądza od Zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie na rzecz wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika stosowanie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2890/21

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający Zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL -

COZL/DZP/ED/3412/TP-72/21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 sierpnia 2021 pod numerem 2021/ BZP 87501/01.

29 września 2021 roku Odwołujący na podstawie przepisów art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 2 pkt 2 oraz art. 359 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegające na: ustanowieniu nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu; ustanowieniu kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez

ustanowienie, w wyniku zmiany treść SWZ w dniu 24 września 2021 r., w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit d.a SWZ, warunku udziału w postępowaniu:

a) w sposób nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł wartość referencyjnej usługi na kwotę nie niższą niż 350.000,00 zł w skali roku co nie stanowi określenia warunku udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie zdolności, jaki daje Zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym w znaczny sposób ogranicza konkurencję,

b) w sposób niejasny i nieprzejrzysty, w zakresie w jakim Zamawiający posługuje się pojęciem „dużego przedsiębiorstwa", które to określenie nie jest określeniem ustawowym, a Zamawiający nie definiuje go w treści SWZ, co nie pozwala na jednoznaczne ustalenie jakie doświadczenie (a więc świadczące usługi dla jakiego podmiotu), zostanie uznane za spełniające przedmiotowy warunek, a z ostrożności, na wypadek przyjęcia, że przez określenie „duże przedsiębiorstwo" Zamawiający

rozumie pojęcie „dużego przedsiębiorcy" w rozumieniu przepisów ustawy z_dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach

handlowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 424),

c) w sposób, który realnie nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiając:

- ✓ wymaga wykonania referencyjnej usługi na rzecz dużego przedsiębiorcy, bowiem

  posiadanie statusu dużego przedsiębiorcy nie niesie za sobą żadnych istotnych konsekwencji z punktu widzenia oceny zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia,

- ✓ wymaga świadczenia referencyjnej usługi w określony sposób (w siedzibie

  usługodawcy), pomimo, że w okresie pandemii miejsca skąd świadczone były usługi prawne, powszechnie ulegały zmianom na usługi świadczone zdalnie;

2) przepisu art. 241 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ustanowienie rozdz. XV pkt 4 SWZ kryterium oceny ofert „Usługa kompleksowa wskazana w rozdz. XV SWZ pkt 4" a więc kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy, tj. doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) modyfikacji warunku udziału w postępowaniu zawartego rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. d a SWZ, przez zastąpienie go następującym:

„a) wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji dwóch usług obsługi prawnej na rzecz podmiotów leczniczych świadczących co najmniej leczenie onkologiczne, o wartości co najmniej po 150.000 zł brutto każda, spełniających łącznie następujące wymagania:

- usługobiorca - zatrudniający powyżej 1 000 pracowników; przez pracownika rozumie się osobę pozostającą zarówno w stosunku pracy oraz na podstawie umowy o świadczenie usług,

- okres świadczenia usługi - usługa wykonana lub wykonywana (w przypadku świadczeń ciągłych lub powtarzających się) przez jeden rok w okresie ostatnich 3 lat, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w okresie prowadzenia działalności,

- zakres usługi:

  - ✓ sporządzenie opinii prawnych dotyczących projektów aktów prawnych, umów oraz innych dokumentów związanych z zaciąganiem zobowiązań i nabywaniem praw - co najmniej 20 opinii,

  - ✓ przygotowywaniu lub sporządzaniu opinii dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentów w trakcie postepowania o udzielenie zamówień publicznych - co najmniej 10 czynności,

  - ✓ o reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą (w postepowaniach zakończonych lub trwających) - co najmniej 5 usług,

  - ✓ zaopiniowaniu i przygotowywaniu dokumentów związanych ze związkami zawodowymi w zakresie korespondencji, porozumień i aktów - co najmniej 5 usług;

  - ✓ świadczenia stałego (kompleksowego) doradztwa na rzecz usługobiorcy. ",

b) usunięcia kryterium oceny ofert „Usługa kompleksowa wskazana w rozdz. XV SWZ pkt 4".
2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa przed Izbą.

Odwołujący w uzasadnieniu posiadania interesu we wniesieniu odwołania oraz wykazania możliwości poniesienia szkody, podał że jest potencjalnym wykonawcą

przedmiotowego zamówienia jako podmiot w ramach swojej działalności gospodarczej, świadczący pomoc prawną także podmiotom publicznym, w tym z zakresu ochrony zdrowia. Sposób opisania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert prowadzi do oczywistego pokrzywdzenia potencjalnego wykonawcy i uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz generuje ryzyko powstania szkody postrzeganej jako utrata potencjalnego wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji umowy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W zakresie zarzut nr 1 - wartość usługi

Przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie jest świadczenie stałej obsługi prawnej. Pierwotnie, Zamawiający w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit d.a SWZ uregulował warunek udziału w postępowaniu w sposób następujący: Zamawiający na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaga załączenia wykazu usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (minimum 2 usługi), wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, (na formularzu określonym w zał. nr 6 do SWZ), przy czym jedna z usług na kwotę nie niższą niż 100 000 zł brutto w skali roku a druga na kwotę nie niższą niż 600 000 zł brutto w skali roku wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów (Zamawiający wymaga aby jeden z obsługiwanych podmiotów należał do dużego przedsiębiorstwa zatrudniającego powyżej 1 800 pracowników a usługa ta powinna obejmować prowadzenie dla co najmniej dwóch podmiotów postępowań sądowych dotyczących realizacji inwestycji budowlanych), na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Kolejno, Zamawiający, w dniu 13 sierpnia 2021 r., zmodyfikował przedmiotowy warunek i nadał mu następującą treść: Zamawiający na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaga: a) Załączenia wykazu usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia co najmniej w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia opisanego w pkt. IV.3. 1), 3), 5), 8), 9), 11), 13), 14), 15), 16) oraz 19) (minimum 2 usługi), wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, (na formularzu określonym w zał. nr 6 do SWZ), przy czym: - jedna z usług powinna mieć wartość co najmniej 500 000 zł brutto w okresie 1 roku i trwać min. 12 miesięcy i w jej ramach wykonawca świadczył usługi dla podmiotu zatrudniającego powyżej 1 800 pracowników a usługa dotycząca tego podmiotu powinna obejmować prowadzenie co najmniej dwóch postępowań sądowych dotyczących realizacji inwestycji budowlanych), w wykazie usług należy podać ich wartości, przedmiot, daty wykonania i podmioty oraz załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W dniu 24 września 2021 r. Zamawiający po raz kolejny zmienił ww. warunek udziału w postępowaniu, tym razem ustanawiając go w następujący sposób:

Zamawiający na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaga:
a) wykazania się doświadczeniem w zakresie świadczenia kompleksowej usługi prawnej, która musi spełniać

następujące wymagania:

- wartość usługi - co najmniej 350 000 zł brutto w skali roku;

- usługobiorca - duże przedsiębiorstwo, zatrudniające powyżej 1 000 pracowników; przez pracownika rozumie się osobę pozostającą zarówno w stosunku pracy oraz na podstawie umowy o świadczenie usług,

- okres świadczenia usługi - usługa wykonana lub wykonywana (w przypadku świadczeń ciągłych lub powtarzających się) przez jeden rok w okresie ostatnich 3 lat, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w okresie prowadzenia działalności,

- zakres usługi:

  ✓ sporządzenie opinii prawnych dotyczących projektów aktów prawnych, umów oraz innych dokumentów związanych z zaciąganiem zobowiązań i nabywaniem praw - co najmniej 20 opinii,

  ✓ przygotowywaniu lub sporządzaniu opinii dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówień publicznych - co najmniej 10 czynności,

  ✓ reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą (w postępowaniach zakończonych lub trwających) - co najmniej 5 usług,

  ✓ zaopiniowaniu i przygotowywaniu dokumentów związanych ze związkami zawodowymi w zakresie korespondencji, porozumień i aktów - co najmniej 5 usług; o świadczenia stałego doradztwa w siedzibie usługodawcy.

Odwołujący podał, że pomimo już dwóch zmian treści przedmiotowego warunku, nadal cechuje się on istotnymi uchybieniami z punktu widzenia zgodności z przepisami ustawy Pzp, zwłaszcza w zakresie wartości referencyjnej usługi, co wyraża się w opisaniu wymagania przedmiotowego warunku w sposób nieproporcjonalny. Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z orzecznictwa, tak krajowego jak i europejskiego wynika, że proporcjonalność warunku musi być rozpatrywana przez pryzmat celu w jakim warunek jest zastrzegany, a więc zapewnienia sobie przez Zamawiającego wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, z tym, że warunki takie muszą być określane jako tzw. minimalne poziomy zdolności. Zwrócić należy uwagę, że TSUE w wyroku z dnia 16.09.1999 r., C-414/97 (Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii), wskazała iż ocena warunku udziału w postępowaniu wymaga tzw. Testu proporcjonalności, a więc wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Wspomniane orzecznictwo TSUE, za warunki nieproporcjonalne, uznaje takie, w których żądanie Zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok TSUE z dnia 27.10.2005 r., C-234/03 (Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa). Jak wskazuje się z kolei w orzecznictwie KIO: Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2020 r., KIO 1988/20). Mając na uwadze powyższe, ww. warunek, w zakresie referującym do wartości usługi w wysokości 350.000 zł, nie ustanawia, na minimalnych poziomach zdolności, wymagania zapewniającego gospodarzowi postępowania rękojmię należytego wykonania zamówienia przez przyszłego wykonawcę. Jak wskazała KIO w wyroku z 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19: Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie Powyższe wymaganie jawi się więc jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, w zakresie w jakim de facto eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy, tak organizacyjnie jak i merytorycznie, są w stanie należyte zrealizować przedmiotowe zamówienie. Należy bowiem wskazać, że usługi prawnicze są specyficznym rodzajem działalności, w których, podobnie jak we wszystkich usługach, kluczowym czynnikiem kosztotwórczym, jest praca osób skierowanych do realizacji zamówienia, wartości referencyjnych usług w danej skali czasu w tym przypadku roku nie są rozstrzygającymi dla wykazania rękojmi należytego wykonania zamówienia. Co więcej, Zamawiający niespełna 20 miesięcy temu prowadził postępowanie na tożsamy przedmiot - umowa jest aktualnie realizowana - i wówczas oczekiwał doświadczenia w realizacji wyłącznie jednej usługi o wartości 100 tys. zł brutto oraz doświadczenia zdobytego w krótszym niż zastrzeżony jako minimalny w warunku horyzoncie czasowym tj. wyłącznie 10 miesięcy. Tym samym ustanowienie wymagania o wartości niemal trzykrotnie wyższej obrazuje skalę naruszenia Zamawiającego, zwłaszcza, że brak jakichkolwiek informacji, aby dotychczasowa usługa polegająca na obsłudze prawnej

realizowana była w sposób nienależyty.

W zakresie zarzut nr 1 - obsługa „dużego przedsiębiorstwa”

Kolejnym zidentyfikowanym naruszeniem w ocenie Odwołującego stanowi nieprecyzyjność i niejasność przedmiotowego warunku w zakresie w jakim wymaga on od wykonawców wykazania świadczenia usługi na rzecz „dużego przedsiębiorstwa”. Należy wskazać, że postanowienia SWZ nie definiują tego pojęcia - Zamawiający nie wskazuje też co należy przez takie wymaganie rozumieć. Definicja taka nie jest też zawarta w żadnym akcie prawnym. W przepisie art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 424) jest mowa o „dużym przedsiębiorcy” jednak odmienność brzmienia tego wyrażenia definiowanego od uregulowanego w SWZ (zwłaszcza mając na względzie, iż Zamawiający jako profesjonalista, któremu przypisywać należy racjonalne i świadome formalnoprawnie działanie, wyrażające się w zamierzonym albo niezamierzonym posługiwaniu się desygnatami ustawowymi) nie pozwala na stwierdzenie, że kwestionowany warunek odwołuje się właśnie do wspomnianej definicji ustawowej. Powyższe w znacznym stopniu utrudnia potencjalnym wykonawcom identyfikację treści warunku, którego spełnienie zobowiązani będą wykazać, a także poddaje w wątpliwość możliwości równego traktowania wykonawców przy ocenie spełnienia tego warunku, skoro każdy z wykonawców może przyjąć jego inne rozumienie. Z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby pod pojęciem „dużego przedsiębiorstwa”, Zamawiający przyjmował ustawowe pojęcie „dużego przedsiębiorcy”, należy także zakwestionować prawidłowość takiego warunku udziału w postępowaniu. Należy bowiem wskazać, że konsekwencje jakie niesie za sobą posiadanie przez dany podmiot statusu dużego przedsiębiorcy w żaden sposób faktycznie nie wpływa na sposób realizację obsługi prawnej, zwłaszcza skalę wyzwań formalnoprawnych. Dość wskazać, że elementy różnicujące sytuację przedsiębiorców ze względu na posiadany przez nich status, sprowadzają się w zasadzie do kilku przepisów wspomnianej ustawy przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych dotyczących terminów zapłaty. Prowadzić to powinno do wniosku, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie może przysłużyć się do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w rozumieniu przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzut nr 1 - świadczenie doradztwa w siedzibie usługodawcy

Przedmiotowy warunek przewiduje też wymaganie świadczenia, w ramach referencyjnej usługi, doradztwa w siedzibie usługodawcy (którym, na gruncie umowy o świadczenie usług jest wykonawca, a nie Zamawiający). Zakładając nawet, że faktyczną intencją Zamawiającego było uregulowanie wymagania świadczenia doradztwa w siedzibie usługobiorcy (a więc beneficjenta pomocy prawnej), to naruszeniem jakiego upatruje Odwołujący jest samo zastrzeżenie konieczności świadczenia obsługi prawnej w określony sposób (w określonym miejscu). Należy wskazać, że taka okoliczność jest irrelewantna z punktu widzenia jakości świadczonej pomocy prawnej czy wykazania zdolności do wykonania zamówienia, a więc podołania merytorycznym wyzwaniom formalnoprawnym związanym ze świadczeniem obsługi prawnej. Mając też na uwadze, że okres pandemii, w czasie którego wiele obsług prawnych, w tym zwłaszcza realizowanych na rzecz jednostek ochrony zdrowia, świadczonych było zdalnie (przy znacznym i upowszechnieniu środków komunikacji na odległość), trwa już ponad 18 miesięcy, to zakładając 3 letni (przed składaniem ofert) horyzont czasowy doświadczenia jakim wykazywać można w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku, treść tego postanowienia SWZ znacznie ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie przez podmioty działające na rynku usług prawniczych.

Zarzut nr 2.

Zmawiający, w wyniku zmiany SWZ dnia 24 września 2021 r. wprowadził też w rozdz. XV pkt 4 SWZ kryterium oceny ofert „Usługa kompleksowa wskazana w rozdz. XV SWZ pkt 4” który premiował będzie wykonanie usługi wymaganej na potwierdzanie ww. opisanego warunku udziału w postępowaniu o wyższej wartości referencyjnej usługi. Takie kryterium oceny ofert jest jawnie sprzecznym z przepisem art. 241 ust. 3 ustawy Pzp zakazującym ustanawianie kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Tym samym przyjęty przez Zamawiającego model oceny ofert w tym zakresie powinien zostać wyrugowany z dokumentacji postępowania, o co wniósł Odwołujący.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa" lub „Pzp").

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 września 2021 roku od czynności Zamawiającego z dnia 24 września 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 25 października 2021 roku, w który Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości .

Izba postanowiła o dopuszczeniu zawnioskowanego i złożonego w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- ✓ dowodu nr 1 - specyfikacja istotnych warunków zamówienia (wyciąg) z postępowania z 2020 roku prowadzonego przez tego samego Zamawiającego w przedmiocie Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL, w tym w zakresie badań klinicznych,
- ✓ dowód nr 2 - „Wykaz usług świadczonych przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy sp. p. - rodzajowo zbieżnych",
- ✓ dowód nr 3 - wydruk ze stronywww.pulsmedycyny.pl, Puls Medycyny nr 19 (350) z 20 grudnia 2019 r. „500 największych szpitali w Polsce",
- ✓ dowód nr 4 - „Informację z otwarcia ofert z dnia 10 lutego 2020 r." postępowania prowadzonego przez tego samego Zamawiającego w przedmiocie Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL, w tym w zakresie badań klinicznych
- ✓ dowód nr 5 - cztery Referencje od: Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Świętej Barbary w Sosnowcu, Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej Wrocław, Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie.

Odwołujący do akt sprawy złożył również zestawienie zmian w zakresie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (1 karta).

Izba w tym miejscu wskazuje, że w zakresie zarzutu 1 dotyczącego naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez_ustanowienie, w wyniku zmiany treść SWZ w dniu 24 września 2021 r., w rozdz. VIII_ust. 1 pkt 2 lit d.a SWZ, warunku udziału w postępowaniu w sposób niejasny i nieprzejrzysty, w zakresie (a) w jakim Zamawiający posługuje się_pojęciem „dużego przedsiębiorstwa", które to określenie nie jest określeniem_ustawowym, a Zamawiający nie definiuje go w treści SWZ, co nie pozwala na_jednoznaczne ustalenie jakie doświadczenie (a więc świadczące usługi dla jakiego

podmiotu), zostanie uznane za spełniające przedmiotowy warunek, a z ostrożności, na wypadek przyjęcia, że przez określenie „duże przedsiębiorstwo" Zamawiający rozumie pojęcie „dużego przedsiębiorcy" w rozumieniu przepisów ustawy z_dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach_handlowych (Dz. U. z 2021 r.

poz. 424) oraz (c) w sposób, który realnie nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiając wymaga wykonania referencyjnej usługi na rzecz dużego przedsiębiorcy, bowiem posiadanie statusu dużego przedsiębiorcy nie niesie za sobą żadnych istotnych konsekwencji z punktu widzenia oceny zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia - postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu powyższego zarzutu we wskazanym zakresie.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) po zmianach z dnia 24 września 2021 roku Zamawiający określił:

W Rozdziale VIII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANI wskazał:

1. Zgodnie z art. 57 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) Nie podlegają wykluczeniu

2) Spełniają warunki udziału w postępowaniu, które na mocy art. 112 ust. 2 pzp mogą dotyczyć:

(■■■)

d) zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaga:
a) wykazania się doświadczeniem w zakresie świadczenia kompleksowej usługi prawnej, która musi spełniać następujące wymagania:

- ✓ wartość usługi - co najmniej 350 000 zł brutto w skali roku;
- ✓ usługobiorca - duże przedsiębiorstwo, zatrudniające powyżej 1 000 pracowników; przez pracownika rozumie się osobę pozostającą zarówno w stosunku pracy oraz na podstawie umowy o świadczenie usług;
- ✓ okres świadczenia usługi - usługa wykonana lub wykonywana (w przypadku świadczeń ciągłych lub powtarzających się) przez jeden rok w okresie ostatnich 3 lat, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w okresie prowadzenia działalności;
- ✓ zakres usługi:

  - sporządzenie opinii prawnych dotyczących projektów aktów prawnych, umów oraz innych dokumentów związanych z zaciąganiem zobowiązań i nabywaniem praw - co najmniej 20 opinii;
  - przygotowywaniu lub sporządzaniu opinii dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówień publicznych - co najmniej 10 czynności;
  - reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą (w postępowaniach zakończonych lub trwających) - co najmniej 5 usług;
  - zaopiniowaniu i przygotowywaniu dokumentów związanych ze związkami zawodowymi w zakresie korespondencji, porozumień i aktów - co najmniej 5 usług;

- świadczenia stałego doradztwa w siedzibie usługodawcy.

Wykonawca załączy wykaz usług odpowiadający powyższemu opisowi na formularzu określonym w zał. nr 6 do SWZ.

Wykonawca załączy dowody potwierdzające, należyte wykonanie lub wykonywanie usługi w postaci referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych jest wykonywana, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

W rozdziale XV. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE KIEROWAŁ SIĘ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU

OCENY OFERT Zamawiający podał:

1. Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:

Nazwa kryterium Znaczenie kryterium (w punktach)

Cena 70 %

Usługa kompleksowa wskazana w 20%

rozdz. XV SWZ pkt 4.

Ilość spraw sądowych z zakresu 10%

inwestycji budowlanych o wartości

przedmiotu sporu powyżej 5

milionów złotych w okresie

ostatnich 5 lat

Następnie w punkcie 4 ww. rozdziału Zamawiający podał:

Punkty za usługę kompleksową świadczoną w okresie 5 lat oceniane będzie następująco:
Liczba usług kompleksowych - punkty
1 i więcej usług - 20 pkt

Usługa podlegająca ocenie:

Kompleksowa usługa obsługi, w ramach której Wykonawca świadczył pomoc prawną jednemu przedsiębiorcy:

□ wartość usługi - co najmniej 500 000 zł brutto w skali roku;

□ usługobiorca - duże przedsiębiorstwo, zatrudniające powyżej 1 500 pracowników; za pracownika rozumie się osobę pozostającą zarówno w stosunku pracy oraz na podstawie umowy o świadczenie usług;

□ okres świadczenia usługi - usługa wykonana lub wykonywana (w przypadku świadczeń ciągłych lub powtarzających się) przez jeden rok w okresie ostatnich 3 lat, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w okresie prowadzenia działalności;

□ zakres usługi:

o sporządzenie opinii prawnych dotyczących projektów aktów prawnych, umów oraz innych dokumentów związanych z zaciąganiem zobowiązań i nabywaniem praw - co najmniej 20 opinii;

o przygotowywaniu lub sporządzaniu opinii dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówień publicznych - co najmniej 10 czynności;

o reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą (w postępowaniach zakończonych lub trwających) - co najmniej 5 usług;

o zaopiniowaniu i przygotowywaniu dokumentów związanych ze związkami zawodowymi w zakresie korespondencji, porozumień i aktów - co najmniej 5 usług;
o świadczenia stałego doradztwa w siedzibie usługodawcy.

Wykonawca wskaże usługę na formularzu stanowiącym załącznik nr 6A do SWZ.

Wykonawca załączy dowody potwierdzające, należyte wykonanie lub wykonywanie usług w postaci referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane.

Liczba usług prowadzonych w okresie ostatnich 5 lat to liczba spraw podana w Formularzu Ofertowym - Załącznik Nr 1 do SWZ.

UWAGA! - w przypadku nie wpisania ilości spraw w Formularzu Ofertowym do obliczeń zostanie przyjęte 0 usług kompleksowych i oferta otrzyma 0 pkt w tym kryterium.

W Rozdziale XIX. PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY Zamawijaący podał miedzy innymi:

2. Świadczenie usług pięcioosobowego zespołu radców prawnych/ adwokatów przez wszystkie dni robocze w godzinach 730 - 1505.

Świadczenie usług przez jednego członka zespołu, przez cztery dni w tygodniu w godzinach 730 - 1505 w siedzibie Zamawiającego oraz pozostali radcy prawni/adwokaci przez 5 dni w tygodniu po 7,35 godzin dziennie w siedzibie Wykonawcy.

Dyżur telefoniczny w godzinach 700 - 2230 jednego z członków zespołu na potrzeby Dyrektora COZL.

W Rozdziale V. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA Zamawiający podał:

Wykonawca zobowiązany jest realizować przedmiot zamówienia sukcesywnie w terminie 18 miesięcy od dnia 31.12.2021r.

Izba zważyła:

Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że Odwołujący wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust.1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu 1 - naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez_ustanowienie, w wyniku zmiany treść SWZ w dniu 24 września 2021 r., w rozdz. VIII _ust. 1 pkt 2 lit d.a SWZ, warunku udziału w postępowaniu:

(a) w sposób nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł wartość referencyjnej usługi na kwotę nie niższą niż 350.000,00 zł w skali roku co nie stanowi określenia warunku udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie zdolności, jaki daje Zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym w znaczny sposób ogranicza konkurencję,

(c) w sposób, który realnie nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego

wykonania zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiając wymaga świadczenia referencyjnej usługi w określony sposób (w siedzibie usługodawcy), pomimo, że w okresie pandemii miejsca skąd świadczone były usługi prawne, powszechnie ulegały zmianom na usługi świadczone zdalnie

- Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 112 ust. 1 ustawy - 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.

Izba na wstępie wskazuje, że regulacja art. 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku pozostaje zbieżna co do istoty z art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, a to oznacza że zarówno dorobek doktryny jak i orzecznictwo pozostają w tym zakresie aktualne na tle nowych przepisów ustawowych.

W odniesieniu do postawionego zarzutu Izba dostrzegła, że cała argumentacja Odwołującego jak również dowodzenie w trakcie rozprawy oparte zostało na błędnie ustalonym stanie faktycznym. Odwołujący bowiem wywodził konieczność wykazania się doświadczenie wykazania się doświadczeniem w zakresie świadczenia kompleksowej usługi prawnej, która musi spełniać określone w warunku przez Zamawiającego wymagania jedynie na rzecz podmiotów leczniczych. Potwierdzają ten fakt jednoznacznie dowód nr 2 zawierający zestawienie usług świadczonych przez Kancelarie (Odwołującego) rodzajowo zbieżnych z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a który wykonawca złożył na okoliczność wykazania poziomu kompetencji i doświadczenia obiektywnego oraz uzyskanego w warunkach konkurencyjnych miesięcznego wynagrodzenia. Także dowód nr 3 stanowiący zestawienie 500 największych szpitali w Polsce, który został złożony na okoliczność wykazani porównywalności wielkości szpitali i tym samym doświadczenia posiadanego przez Odwołującego potwierdza przekonanie Odwołującego o konieczności wykazania się w ramach tego warunku doświadczeniem pozyskanym w ramach świadczenia usługi na rzecz podmiotu leczniczego. W trakcie rozprawy Odwołujący argumentował również, że posiada w swoim portfolio kilkanaście usług realizowanych na rzecz szpitali, jak również usług realizowanych w ramach robót budowlanych, jednakże uwzględniając okres jednego roku przewidziany przez Zamawiającego nie był w stanie wyłuskać takiej usługi na rzecz szpitala. Natomiast konieczność wykazania doświadczenia na rzecz podmiotów leczniczych wywodził z tego, że mając do czynienia z podmiotem świadczącym usługi lecznicze, biorąc pod uwagę wysoki poziom oraz rękojmię świadczenia tych usług identyfikuje, że w literze „a" odnoszącej się do warunku i zdolności technicznej lub zawodowej wymagane jest doświadczenie w obsłudze właśnie podmiotów leczniczych. W ocenie Izby taka argumentacja nie znajduje żadnego uzasadnienia w obliczu postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wymagania Zamawiającego odnośnie doświadczenia jakim miał się wykazać wykonawca, określone w Rozdziale VIII punkt 1 ppkt 2 litera d, podpunkt litera a nie odnosiły się do doświadczenia w zakresie świadczenia kompleksowej usługi prawnej, która musi spełniać określone wymagania tylko i jedynie na rzecz podmiotów leczniczych. Zamawiający zdefiniował wymagania w odniesieniu do zakresu świadczonej usługi (rzeczowego) i nie ograniczył możliwości tego świadczenia jedynie na rzecz podmiotów leczniczych. Tym samym argumentacja Odwołującego i dowodzenia oparte o doświadczenie pozyskiwane jedynie w świadczeniu usług na rzecz podmiotów leczniczych, przy otwartości wymagań warunku, nie znajduje w tym miejscu dającego się akceptować uzasadnienia.

Izba dostrzegła również, że argumentacja Odwołującego z rozprawy odnosząca się do poziomu kwotowego świadczonej usługi w zakresie kompleksowej usługi prawnej o określonym przez Zamawiającego zakresie tj. wartość usługi - co najmniej 350 000 zł brutto w skali roku, także budowana była w oparciu o możliwość pozyskania takiego doświadczenia w ramach obsługi prawnej podmiotów leczniczych. Przy czym argumentacja zawarta w odwołaniu ogólnie odnosi się do ukształtowanego wymagania co do referencyjnej usługi jaką miałby wykazać się wykonawca. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, że w Planie zamówień publicznych jaki upubliczniony został na stronie internetowej Zamawiającego podana została wartość 700 000,00 zł. Izba z urzędu zbadała również treść Protokołu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (Druk ZP -TP) w aktach postępowania, gdzie w punkcie 3 Zamawiający podał szacunkową wartość zamówienia, niemniej nie zostaje ona podana w tym miejscu z uwagi na to, że Zamawiający wartości tej nie upublicznił.

Mając na uwadze postanowienia Rozdziału XX specyfikacji warunków zamówienia Izba zaznacza w tym miejscu, że usługa, która jest przedmiotem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego realizowana ma być przez pięcioosobowy zespół radców prawnych/ adwokatów przez wszystkie dni robocze w godzinach 7:30 - 15:05. Zamawiający jednoznacznie wskazał także, że usługa świadczona ma być przez jednego członka zespołu, przez cztery dni w tygodniu w godzinach 7:30 - 15:05 w siedzibie Zamawiającego oraz pozostali radcy prawni/adwokaci przez 5 dni w tygodniu po 7,35 godzin dziennie w siedzibie Wykonawcy. Dodatkowo w ramach realizacji zamówienia wykonawca obowiązany jest do zapewnienia dyżuru telefonicznego w godzinach 7:00 - 22:30 przez jednego z członków zespołu na potrzeby Dyrektora COZL. Izba podkreśla w tym miejscu, że po pierwsze taki zespół radców prawnych / adwokatów oraz wskazany sposób świadczenia usługi nie był kwestionowany przez Odwołującego. Po drugi, Odwołujący nie kwestionował poziomu kwotowego świadczonej usługi w kontekście wymagania w ramach przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego a dotyczącego wymagania Zamawiającego odnośnie zespołu pięcioosobowego. Izba podkreśla w tym miejscu, że to sam Odwołujący w treści odwołania podał, że w przypadku usług prawniczych kluczowym czynnikiem kosztotwórczym jest praca osób skierowanych do realizacji usługi. Skoro sam Odwołujący tak twierdził, to nie sposób odnieść poziomu kwotowego z wymagań warunku w realizacji usługi świadczenia usług prawnych do poziomu kwotowego w wynagrodzenia pięciu radców prawnych/adwokatów świadczących usługi w ramach tego zamówienia, z uwzględnieniem dodatkowych okoliczności - obowiązków jak dyżur - przewidzianych przez Zamawiającego. Izba podkreśla jednocześnie w tym miejscu, że usługa realizowana na podstawie przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego będzie realizowana przez okres 18 miesięcy, czyli półtorej roku. Wymagania kwotowe w ramach warunku udziału w postępowaniu odnoszą się do poziomu roku, co oznacza, że roczne wynagrodzenie w ramach realizacji referencyjnej usługi nie mogło być mniejsze niż 350 000 zł brutto. Mając na uwadze informację w Planu zamówień publicznych, gdzie Zamawiający podał kwotę 700 000, 00 zł netto, niewątpliwie wynika, że ukształtowany warunek udziału w postępowaniu co do kwoty świadczonej referencyjnej usługi w skali roku jest mniejszy niż proporcjonalnie wartość szacowana przez Zamawiającego. Izba podziela argumentację Zamawiającego odnoszącą się do poziomu wynagrodzenia zespołu pięciu radców prawnych/ adwokatów co pozwala na określenie poziomu wymagania kwotowego w warunku udziału w postępowaniu na poziomie 350 000 zł brutto. Nadmienić należy w tym miejscu, że Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego wnioskowana kwota 150 000 zł brutto, jako ta pozwalająca na ocenę minimalnego poziomu zdolności wykonawcy miałaby zapewnić Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia. W żaden sposób również Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego uważa, że taka właśnie kwota 150 000 zł brutto stanowi minimalny pozom zdolności. Izba mając na uwadze zakres przedmiotowy przyszłej usługi, opisany w 24 punktach z rozbiciem na podpunkty (Rozdział IV - Opis przedmiotu zamówienia) w specyfikacji warunków zamówienia jak również szacunkową wartość zamówienia nie znajduje podstaw do uznania, że wymagania kwotowe określone przez Zamawiającego w zakresie warunku udziału w postępowaniu co do kwoty 350 000 zł brutto są nieproporcjonalne. Słusznie dostrzegł Zamawiający, co wyraził w piśmie procesowym, że Odwołujący nie wykazał, że wartość usługi w kwocie zaproponowanej przez Zamawiającego w warunku miałaby eliminować z postępowania wykonawców, którzy są przygotowania do świadczenia obsługi prawnej. Fakt, że Odwołujący nie jest w stanie wykazać się takim doświadczenie nie jest wystraczającą przesłanką do stwierdzenia braku proporcjonalności w ukształtowanym warunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do przedmiotu zamówienia Izba po pierwsze wskazuje, że pomimo przedstawienia dowodu 1 tj. wyciągu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z postępowania z ubiegłego roku prowadzonego przez tego Zamawiającego Odwołujący nie wykazał zbieżności przedmiotu zamówienia z tym objętym obecnie prowadzonym postępowaniem o udzielnie zamówienia publicznego. Odwołujący również nie wyjaśniał jaki to wymagany był przez Zamawiającego do realizacji usługi w ramach poprzedniego postępowania zespół prawników, ilu ich określił Zamawiający. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że jak wskazywał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uwzględnione

zostały wszystkie elementy obsługi prawnej, w tym obsługa sporów sądowych, które wcześniej nie były uwzględnione. Zamawiający wyjaśnił również, że opis przedmiotu zamówienia opracowany bardzo szczegółowo, w oparciu o dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego celem uniknięcia na przyszłość jakichkolwiek niepotrzebnych sporów co do przedmiotu zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego co do argumentacji dotyczącej przedmiotu świadczonej w poprzednim postępowaniu usługi a opartym na warunku udziału w postępowaniu referującym do postępowań sądowych dotyczących realizacji inwestycji budowlanych oraz tabeli z dowodu nr 4, a odnoszącej się do kryteriów oceny ofert w poprzednim postępowaniu referujących do spraw sądowych z zakresu inwestycji budowlanych - nie potwierdzają one bowiem, że faktycznie w ramach przedmiotu zamówienia w poprzednim postępowaniu realizowane była np. obsługa sporów sądowych. Nadmienić należy w tym miejscu, że Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że w ramach umowy zawartej na podstawie poprzedniego postępowania o udzielnie zamówienia - do którego referuj Odwołujący - nie były prowadzone procesy sądowe Zamawiającego. Jednocześnie dowód nr 4 potwierdza, że w ramach poprzedniego postępowania z roku 2020 Zamawiający zarwał umowę na kwotę 974 160,00 zł brutto, a realizacja umowy trwała 18 miesięcy i jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie już się zakończyła.

W odniesieniu do wymagania wskazanego w Rozdziale VIII punkt 1 ppkt 2 litera d, podpunkt litera a tiret czwarta „zakres usługi" (...) „świadczenie stałego doradztwa w siedzibie usługodawcy", Izba po pierwsze nie odnosi się do określenia w ramach warunku „usługodawcy", bowiem faktycznie ten element nie był objęty przedmiotem zarzutu. Wskazuje na to sam Odwołujący podając, że za naruszeniem jest samo zastrzeżenie konieczności świadczenia obsługi prawnej w określony sposób w określonym miejscu.

W odniesieniu do wymagania świadczenia usługi w siedzibie Zamawiającego Izba stwierdza, że warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem w sposób jednoznaczny wynika z wymagań Zamawiającego, że usługa, która jest przedmiotem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego realizowana ma być przez pięcioosobowy zespół radców prawnych/ adwokatów przez wszystkie dni robocze w godzinach 7:30 - 15:00 - przez jednego członka zespołu, przez cztery dni w tygodniu w godzinach 7:30 - 15:05 w siedzibie Zamawiającego oraz pozostali radcy prawni/adwokaci przez 5 dni w tygodniu po 7,35 godzin dziennie w siedzibie Wykonawcy. W ramach zamawianej usługi Zamawiający określił ile dni oraz że jeden członek zespołu ma świadczyć usługę przez 7,35 minut w siedzibie Zamawiającego. W warunku udziału w postępowaniu nie odnajdujemy takiego doszczegółowienia co pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że warunek ten w tym zakresie nie jest w żaden sposób nadmiarowy. Fakt wymagania posiadania doświadczenia w ramach świadczenia stałego doradztwa u odbiorcy usługi nie jest wymaganiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Izba podziela argumentację Zamawiającego odwołującą się do tego, że stanowisko Odwołującego ma na celu wykreowanie zmiany w poszczekaniu wymagań Zamawianego, a czemu ma służyć odwoływanie się do szczególnych sytuacji jakie wynikają z okoliczności pandemicznych. Wymaganie Zamawiającego określone w warunku odpowiada przedmiotowi zamówienia, a co za tym idzie oczywistym jest, że jeżeli na skutek przepisów prawa oraz wzajemnych ustaleń podmiotów w dobie pandemii czasowo praca świadczona była zdalnie to nie wpływa to na postanowienia zawartych umów. Izba stwierdziła również, że Odwołujący ponownie w prezentowanej argumentacji skupia się szczególnie na usługach świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych jednocześnie nie wykazuje faktycznego ograniczenia w możliwości ubiegania się o zamówienie. Okres pandemii praktycznie wszystkim pracującym przeorganizował wykonywanie obowiązków oraz sposób świadczenia pracy, jednakże takie rozwiązania stanowią wyjątkowe czasowe sytuacje. Nadmienić warto w tym miejscu, że Odwołujący mimo, że składał dowody w postępowaniu w powyższym zakresie nie przedstawił żadnego, który choć uprawdopodobniłby wpływ okresu pandemii na postanowienia zawieranych umów na świadczenie obsługi prawnej. Pozostaje niezmiennym, że ocena proporcjonalności wymagań określonych warunkiem udziału w postępowaniu odnosi się do określonego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i w tym zakresie możliwe jest ewentualne naruszenie wskazanego w zarzucie przepisu. Odwołujący nie wykazał również braku realności w ocenie doświadczenia wykonawcy w ramach tego warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła braku proporcjonalności w wymaganych warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwoty określonej warunkiem jak i nierealności wymagania świadczenia doradztwa w siedzibie do przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Izba wskazuje również, że dowody nr 2 i 5 potwierdzają jedynie fakt tego, że Odwołujący w ramach świadczenia wykazanych w nich usług uzyskał określone wynagrodzenie oraz doświadczanie, jednakże nie potwierdzają one w żaden sposób, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieproporcjonalny ukształtował warunek udziału w postępowaniu, jak również nie dowodzą braku możliwości realnej oceny zdolności wykonawcy z uwagi na sposób świadczenia usługi.

W zakresie zarzutu 2 - naruszenia przepisu art. 241 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ustanowienie rozdz. XV pkt 4 SWZ kryterium oceny ofert „Usługa kompleksowa wskazana w rozdz. XV SWZ pkt 4" a więc kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy, tj. doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego - Izba uznała zarzut za zasadny.

Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 241 ust 1 ustawy - Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

art. 241 ust. 2 ustawy - Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

art. 141 ust. 3 ustawy - Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zgodnie z art. 516 ustawy odwołanie zawiera między innymi:

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej w zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba w pierwszej kolejności odniesie się do stanowiska Zamawiającego odnoszącego się do braku uzasadnienie zarzutu odwołania oraz faktycznie parafrazy przepisu art. 241 ust. 3 ustawy.

W ocenie Izby, uwzględniając wymagania art. 516 ustawy Odwołujący sprostał wszystkim określonym przepisami ustawy wymaganiom. Odwołujący wskazał jednoznacznie czynność jakiej zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, zarzut i żądanie co do sposobu rozpoznania tego zarzutu. Odwołujący w ocenie Izby sprostał również ustawowemu wymaganiu co najmniej wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania w zakresie powyższego zarzutu odwołania.

Odwołujący w sposób bardzo hermetyczny, zwięzły i krótki wskazał uzasadnienie podniesionego zarzutu odwołania jednakże zawarł w nim wszystkie niezbędne informacje do poddania ocenie postawionego w odwołaniu zarzutu.

W ocenie Izby słusznie podniósł Odwołujący, że kryterium „Usługa kompleksowa wskazana w rozdziale XV pkt specyfikacji warunków zamówienia po zmiennie z dnia 24 września 2021 roku stanowi kryterium oceny ofert sprzeczne z regulacją art. 241 ust. 3 ustawy.

Zgodnie z art. 241 ust. 3 ustawy kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawodawca wprowadził bezwzględny zakaz stosowania takich kryteriów oceny ofert, podkreślając to jednoznacznie w przepisie. Wymaga podkreślenia, że ta regulacja prawna odpowiada tej z art. 91 ust. 3 ustawy z 2004 roku, tym samy w zakresie powyższym pozostaje aktualne wypracowane przez lata stanowisko doktryny jak i prezentowane w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych. Z treści przepisu i wypracowanych stanowisk wysnuwa się jednoznaczny wniosek bezwzględnego zakazu określenia kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy. Od roku 2007 ugruntowane jest w orzecznictwie Izby, że cechy podmiotowe wykonawcy mogą stanowić warunek udziału w postępowaniu, a nie kryterium oceny ofert. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że kryterium pozacenowe oceny ofert kształtowane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego zawsze rozpatrywane jest w aspekcie wpływu tego kryterium na jakoś wykonania zamówienia. Oznacza to, że w przypadku tak jak w rozpoznawanej sprawie kryterium dotyczy w zasadzie doświadczenia wykonawcy to jednoznacznie wynika z niego, że nie wpływu na jakość wykonania tego konkretnego zamówienia. Badanie doświadczenia wykonawcy - czyli tego co było i czym wykonawca się okazuje - odbywa się w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w rakach kryteriów oceniane są elementy przydatne i jakie będą wykorzystane czy realizowane w ramach zobowiązania jakie zostanie podjęte w wyniku rozstrzygniecie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wykreślenie kryterium Usługa kompleksowa wskazana w rozdz. XV SWZ pkt 4 o wadze 20%.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne w części, tj. proporcji jeden zarzut zasadny i jedne zarzut niezasadny. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500, 00 zł oraz koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł oraz koszty pełnomocnika Zmawiającego w kwocie 3 600, 00 zł

W tym przypadku, zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 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. z 2020 r. poz. 2437) koszty ponosi Zamawiający w wysokości 5 550,00 zł stanowiących 1/2 z 7 500, 00 zł (wpis od odwołania) oraz 1/2 z 3 600,00 zł (wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego). Stosowanie do wyniku postępowania koszty ponosi również Odwołujący w wysokości 1/2 z 3 600,00 zł (wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego) oraz 1/2 z 7 500,00 zł (wpis od odwołania).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 i 3 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. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....