Sygn. akt: KIO 2472/22

POSTANOWIENIE
z dnia 3 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzkie Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500,00 zł (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 2472/22

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

Zamawiający, Wojewódzkie Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz.

1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest którego przedmiotem jest „świadczenie usług prawniczych w zakresie badań klinicznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 września 2022 r., nr 2022/BZP 00345790/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Ć. i

Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu:

a) w pkt. 5.1.2 pkt 4.I.b) SWZ oraz w pkt. 5.1.2 pkt 4.I.c1) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby każda z dwóch osób skierowanych do realizacji zamówienia, legitymowała się co najmniej 3-letnim doświadczeniem w obsłudze prawnej samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, dla którego podmiotem tworzącym jest uczelnia, co z uwzględnieniem całości przedstawionych wymagań 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 sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

b) w pkt. 5.1.2. pkt. 4.I.c3 SWZ oraz pkt. 5.1.2. pkt. 4.I.c4 SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby każda z dwóch osób skierowanych do realizacji zamówienia posiadała doświadczenie w zakresie opiniowania min. 5 projektów umów o realizację badań klinicznych niekomercyjnych oraz min. 30 projektów umów o realizację badań klinicznych komercyjnych, co z uwzględnieniem całości przedstawionych wymagań oraz realiów wykonywania badań klinicznych i świadczonych w związku z nimi usług pomocy prawnej, 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 sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

c) w pkt. 5.1.2 pkt 4.II.a) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy doświadczenia w obsłudze prawnej w zakresie badań klinicznych wyłącznie na rzecz samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, dla którego podmiotem tworzącym jest uczelnia medyczna oraz trwającego przez okres 24 miesięcy, 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 realnie ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

d) w pkt. 5.1.2 pkt 4.II.c) SWZ oraz w pkt. 5.1.2 pkt 4.II.d) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie opiniowania min. 5 projektów umów o realizację badań klinicznych niekomercyjnych oraz min. 30 projektów umów o realizację badań klinicznych komercyjnych, co z uwzględnieniem całości przedstawionych wymagań oraz realiów wykonywania badań klinicznych i świadczonych w związku z nimi usług pomocy prawnej 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 sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

2) naruszenie przepisu art. 240 ust. 2 oraz art. 241 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. Z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez przyznawanie punktów w kryterium oceny ofert opisane w pkt. 13.2 i 13.3 SWZ jedynie za „udokumentowane" doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, co nie stanowi właściwej weryfikacji poziomu spełniania kryterium jakościowego, ocenianego zgodnie z przepisami na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;

3) naruszenie przepisu art. 239 ust. 2, art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opis kryterium oceny ofert w pkt. 13.2 oraz 13.3 SWZ w sposób nadmiernie zawyżony, odbiegający od rzeczywistych realiów świadczenia usług tego typu pomocy prawnej, co nie pozwala na wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans jakości do ceny, jak również nie stanowi właściwego kryterium jakościowego;

4) naruszenie przepisu art. 99 w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp, przez ustanowienie w projektowanych postanowieniach umowy wymogów nadmiarowych, nieuzasadnionych charakterem zamówienia, mogących doprowadzić do nieporównywalności ofert, a tym

samym nie wpisujących się w jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia o

następującej treści:

a) ustanowienie bezwzględnego obowiązku świadczenia usługi z ograniczeniem do

dwóch osób skierowanych do realizacji zamówienia, bez możliwości ich - niemającego

charakteru stałego - zastępstwa w nadzwyczajnych sytuacjach, takich jak choroba lub urlop;

b) ustanowienie w § 11 ust. 8 wzoru umowy (powielonym w ust. 9) limitu zwiększenia

wynagrodzenia umownego na poziomie 5% w ramach waloryzacji;

c) określenie § 16 ust. 1 wzoru umowy wymogu zatrudnienia w stosunku pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia, bez określenia stanowisk ani rodzaju pracy, jaka ma być wykonywana w oparciu o ten konkretny rodzaj umowy, w sytuacji, której przedmiotem świadczenia jest pomoc prawna realizowana przez radców prawnych i adwokatów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w następujący

sposób:

1) w pkt. 5.1.2 pkt 4.I.b) SWZ przez nadanie mu następującej treści: „b) co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze prawnej samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, dla którego podmiotem tworzącym jest publiczna uczelnia medyczna lub samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i uczelni medycznej”, alternatywnie następującej: „b) co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze prawnej

samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej o profilu szpitalnym”;

2) w pkt. 5.1.2 pkt 4.I.c1) SWZ przez nadanie mu następującej treści: „c1) zrealizowała co najmniej jedną usługę prawniczą w zakresie badań klinicznych na rzecz podmiotu leczniczego, polegającą na stałej, kompleksowej obsłudze prawnej świadczonej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy i o rocznej wartości brutto umowy nie mniejszej niż 120 000,00 zł (przez stałą, kompleksową obsługę prawną Zamawiający rozumie czynności obejmujące przynajmniej zakres określony w pkt 3.3),”;

3) w pkt. 5.1.2. pkt. 4.I.c3 SWZ oraz pkt. 5.1.2. pkt. 4.I.c4 SWZ przez zmniejszenie

wymaganej liczby opiniowanych umów do odpowiednio 2 umów o realizację badań klinicznych niekomercyjnych oraz 10 umów o realizację badań klinicznych komercyjnych, z jednoczesnym premiowaniem maksymalną liczbą punktów dwukrotności tych wartości, tj. - odpowiednio - 4 umów o realizację badań klinicznych niekomercyjnych oraz 20 umów o realizację badań klinicznych komercyjnych w punktach 13.2 oraz 13.3 SWZ;

4) w pkt. 5.1.2 pkt 4.II.a) SWZ „a) jedną usługę prawniczą w zakresie badań klinicznych na rzecz podmiotu leczniczego polegającą na stałej, kompleksowej obsłudze prawnej świadczonej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy i o rocznej wartości brutto umowy nie mniejszej niż 120.000,00 zł. (przez stałą, kompleksową obsługę prawną Zamawiający rozumie czynności obejmujące przynajmniej zakres określony w pkt 3.3), oraz”,

5) w pkt. 13.2 SWZ oraz 13.3 SWZ przez usunięcie z ich treści postanowienia: „Zamawiający informuje, że punkty zostaną przyznane tylko i wyłącznie za udokumentowane doświadczenie.”,

6) w treści projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 3 do SWZ), przez wprowadzenie następujących zmian:

a) dodanie w § 3 ust. 9 postanowienia, zgodnie z którym, w nadzwyczajnych sytuacjach, takich jak, przykładowo, kolizja terminów zawodowych, choroba lub urlop, Zamawiający dopuści do realizacji zamówienia inne osoby działające z ramienia Wykonawcy lub czasowe zmniejszenie wymiaru dyżurów Wykonawcy, a tego rodzaju zmiana nie będzie wymagać aneksu do umowy,

b) ustanowienie w § 11 ust. 8 wzoru umowy (powielonym w ust. 9) limitu zwiększenia wynagrodzenia umownego na poziomie 10%;

c) usunięcie § 16 ust. 1 w całości.

Ustalono także, że 30 września 2022 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie z 30 września 2022 r., w której oświadczył m.in., że w dniu 30 września 2022 r. r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaś informację o tej czynności zamieścił na swej stronie internetowej oraz przekazał wykonawcom, którzy ujawnili swoją chęć uczestnictwa w postępowaniu. Do odpowiedzi załączono zawiadomienie zamawiającego z 30 września 2022 r. o unieważnieniu postępowania oraz potwierdzenia przekazania tego zawiadomienia wykonawcom za pośrednictwem strony internetowej i platformy, na której prowadzone jest postępowanie. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 30 września 2022 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, zaś odwołanie było skierowane wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w tym postępowaniu.

Podkreślenia wymagało, że czynność unieważnienia postępowania niweczy prowadzone przez zamawiającego postępowanie powodując, że rozstrzyganie zarzutów wobec postanowień SWZ w takim unieważnionym postępowaniu staje się zbędne. Odpada bowiem potrzeba wypowiedzenia się Izby w przedmiocie takich zarzutów.

Dostrzeżenia wymagało również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Podkreślić jednocześnie należy, że tak określony substrat zaskarżenia musi istnieć w momencie wydawania przez Izbę orzeczenia. Przypomnienia wymaga bowiem, że zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 Pzp Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Z przywołanego przepisu wynika, że Izba wydając orzeczenie musi wziąć pod uwagę również stan rzeczy istniejący na moment wydawania orzeczenia. W analizowanej sprawie Izba musiała zatem zbadać, czy i jakie skutki dla możliwości dalszego prowadzenia obecnego postępowania odwoławczego wywarł fakt, że zamawiający po wniesienia odwołania unieważnił postępowanie.

Tak jak wskazano wcześniej, czynność unieważnienia postępowania jest czynnością daleko idącą, niweczącą prowadzone postępowanie. Powyższego skutku nie zmienia fakt, że czynność unieważnienia została dokonana w dniu 30 września 2022 r., a zatem termin na wniesienie ewentualnego odwołania wobec tej czynności jeszcze nie upłynął. Uszło uwadze odwołującego, że nawet nieprawomocna czynność unieważnienia postępowania stałaby na przeszkodzie w wydaniu rozstrzygnięć, o których mowa w przepisie art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, domagał się w odwołaniu nakazania zamawiającemu wykonania czynności modyfikacji postanowień SWZ w sposób wskazany przez siebie w treści odwołania. Zgodnie zaś z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, Uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy,

Jednakże, w sytuacji, w której po wniesieniu odwołania wobec postanowień SWZ, postępowanie zostało unieważnione, nawet w razie potwierdzenia się zasadności zarzutów, Izba nie mogłaby wydać żadnego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp. Aby nakazać zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SWZ zgodnie z wnioskiem odwołującego, Izba musiałaby jednocześnie nakazać zamawiającemu powrócenie do postępowania poprzez nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 września 2022 r. Jednakże rozstrzyganie przez Izbę w obecnym postępowaniu odwoławczym o zasadności lub niezasadności czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 września 2022 r. byłoby niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z

przepisem art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skoro przedmiotem zarzutów w obecnym odwołaniu nie była czynność unieważnienia postępowania, to Izba nie mogłaby się o niej wypowiedzieć.

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o odroczenie rozprawy. Jak wynikało z przepisu art. 550 Pzp, skład orzekający może odroczyć rozprawę z innych ważnych przyczyn. Odwołujący w treści wniosku nie wskazał jaka to ważna przyczyna miałaby przemawiać za odroczeniem rozprawy ani do kiedy odroczenie miałoby nastąpić.

Dostrzeżenia wymagało, że na moment orzekania w sprawie nie zostało wniesione odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 września 2022 r. Wniesienie odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 września 2022 r. jest okolicznością przyszłą i niepewną. Sam odwołujący na posiedzeniu Izby oświadczył, że jedynie to rozważa. Kolejną okolicznością przyszłą i niepewną było również to, czy takie hipoteczne odwołanie okazałoby się zasadne.

Nie można było się także zgodzić z ewentualnym stanowiskiem, że umorzenie postępowania odwoławczego w analizowanej sprawie jako zbędnego pozbawi odwołującego możliwości zbadania legalności zaskarżonych obecnie postanowień SWZ, gdyby zamawiający zdecydował się na unieważnienie czynności unieważnienia postępowania lub gdyby unieważnienie czynności unieważnienia postępowania nakazała Izba w hipotetycznym, przyszłym postępowaniu odwoławczym. Zdaniem Izby w sytuacji, gdyby do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania rzeczywiście doszło, czy to z inicjatywy samego zamawiającego, czy wskutek ewentualnego orzeczenia Izby, to wtedy wykonawcy otworzy się termin na skarżenie postanowień specyfikacji, których ocena legalności nie mogła być dokonana w tym postępowaniu odwoławczym z przyczyn wskazanych wcześniej. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania wobec postanowień SWZ w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnym unieważnieniu czynności unieważnienia z dnia 30 września 2022 r.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący

sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza,

że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 7.500 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....