

Sygn. akt: KIO 576/23

WYROK

z dnia 20 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2023 r. przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi

przy udziale wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych „IURATOR” T. S. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 576/23

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. Sierżanta Grzegorza Załogi [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na obsługę prawną (znak postępowania: 38/PNP/SW/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 listopada 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00434849.

W dniu 1 marca 2023 r. wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. postanowieniami rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ przez odrzucenie oferty Odwołującego wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, że doświadczenie Wykonawcy wskazane w treści wykazu usług z dnia 6 grudnia 2022 r. w postaci świadczenia usługi obsługi prawnej oraz zastępstwa procesowego wybranych komórek organizacyjnych (Pakiet nr 1 i Pakiet nr 3) na rzecz CSK MSWiA w Warszawie (który posiada ponad 7 oddziałów szpitalnych, a także ponad 20 poradni przyszpitalnych), w okresie od 4 kwietnia 2019 r. – 30 kwietnia 2021 r. o wartości 150 000 zł brutto w skali roku (w okresie maj 2019 – maj 2020 r.) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ, bowiem zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego:

- 1) do okresu świadczenia tej usługi nie można zaliczyć czasu po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r., gdyż w tym czasie, usługa świadczona była bez przedłużenia na piśmie („aneksowania”) pisemnych umów zawartych przez Odwołującego z CSK MSWiA, w sytuacji, w której:
 - a) nabywanie doświadczenia w związku ze świadczeniem usługi jak i świadczenie samej usługi jest stanem faktycznym, nie prawnym, a przepisy ustawy PZP (w szczególności art. 112 lub 116 ust. 1) podobnie jak pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ nie zastrzegają, aby doświadczenie wykazujące spełnienie warunku udziału w postępowaniu miało być

nabyte w wyniku realizacji umowy zawartej na piśmie, ani w wyniku umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy też jednej umowy,

b) Zamawiający w treści pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ nie zdefiniował „usługi” w ten sposób, aby można było przez nią rozumieć wyłącznie (na potrzeby przedmiotowego warunku) tylko jedną umowę (lub kilka umów) zawartych wyłącznie na piśmie,

c) zastrzeżenie w umowach zawartych na piśmie na podstawie których Wykonawca świadczył ww. usługę na rzecz CSK MSWiA, iż ich zmiana może nastąpić na piśmie pod rygorem nieważności, skutkowałaby jedynie ewentualną nieważnością czynności prawnej w postaci przedłużenia obowiązywania umowy, która to nieważność, nie miałaby wpływu na fakt, że Wykonawca faktycznie usługę w tym okresie na rzecz CSK MSWiA realizował w ramach kontynuacji (nieuregulowanej na piśmie), a tym samym nabywał związane ze świadczeniem tej usługi doświadczenie odpowiadające treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ;

2) okres świadczenia przez Wykonawcę usługi na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. (jak wskazał Zamawiający „bezumownie i nieodpłatnie”) nie został wskazany w złożonym przez Wykonawcę w dniu 6 grudnia 2022 r. wykazie usług, w sytuacji, gdy:

a) Wykonawca, w treści wykazu usług z dnia 6 grudnia 2022 r. wskazał wyraźnie, że usługa realizowana była na rzecz CSK MSWiA w okresie od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r., w którym to przedziale czasowym mieścił się okres po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r.,

b) wzór wykazu usług – zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ – wymagał podania łącznego okresu świadczenia usługi w określonym przedmiocie i jej wartości w skali roku, a więc podanie okresu świadczenia referencyjnej usługi świadczonej przez Wykonawcę na rzecz CSK MSWiA łącznie, nie było nieprawidłowe,

c) Zamawiający nie zdefiniował w treści warunku, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ, „usługi” jako realizowanej na podstawie jednej umowy, na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy umowy (umów) zawartej na piśmie i Wykonawca mógł ująć cały okres świadczenia obsługi CSK MSWiA o przedmiocie zbieżnym z wymaganiami warunku w jednej pozycji wykazu usług, a tym bardziej, takie ujęcie tego doświadczenia w treści formularza wykaz usług, nie mogło przesądzać o kwalifikacji niespełnienia warunku;

3) poddaje on w wątpliwość przyczyny dla których Wykonawca kontynuował świadczenie na rzecz CSK MSWiA usług w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. bez zawierania aneksu na piśmie, w sytuacji, gdy ocena wyrażana przez Zamawiającego co do takiego postępowania CSK MSWiA nie wpływa na fakt, iż taki stan faktyczny zaistniał i w wyniku tego, Wykonawca nabył doświadczenie spełniające warunek udziału w postępowaniu,

4) Wykonawca nie sprecyzował w swoich wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2023 r., jakiego rodzaju usługi świadczył na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r., w sytuacji, gdy:

a) zakres usług świadczących na rzecz CSK MSWiA przez Wykonawcę, w całym okresie świadczenia tych usług (a więc od 4 kwietnia 2019 r. – 30 kwietnia 2021 r.) wskazany został w złożonym w dniu 6 grudnia 2022 r. wykazie osób, jako podmiotowym środkiem dowodowym,

właściwym – zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) – dla określenia art. przedmiotu referencyjnych usług, co zostało dodatkowo potwierdzone w treści referencji wydanych przez CSK MSWiA z dnia 5 grudnia 2022 r., b) Zamawiający, w treści wezwania z dnia 15 lutego 2022 r. nie zwrócił się do Odwołującego o sprecyzowanie lub wyjaśnienie jakiego rodzaju usługi świadczył na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r.,

c) treść wyjaśnień Wykonawcy z dnia 17 lutego 2023 r. w żadnym momencie nie wskazywała, że Odwołujący świadczył na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. innego rodzaju pomoc prawną niż w okresie wcześniejszym;

5) wykonywanie usługi w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. przez Wykonawcę na rzecz CSK MSWiA bez pisemnego aneksu uniemożliwia weryfikację przez Zamawiającego, czy usługa świadczona w tym czasie była w sposób należyty, w sytuacji, gdy:

a) należytego lub nienależytego wykonania usługi nie determinuje forma czynności prawnej na podstawie, której usługa ta była wykonywana,

b) zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) w celu weryfikacji należytego wykonania usługi, Zamawiający powinien posłużyć się dowodami w tym przedmiocie składanymi przez Wykonawcę, tj. referencjami wydanymi przez CSK MSWiA z dnia 5 grudnia 2022 r., w których wyraźnie wskazano, że usługa w okresie do 14 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r. była wykonywana należyście;

6) fakt, że w okresie od maja 2019 r. do maja 2020 r. Wykonawca otrzymał od CSK MSWiA wynagrodzenie w wysokości 173.319,35 zł oznacza, że przedmiotowa usługa nie spełnia wymagania świadczenia usługi o wartości

co najmniej 150 000,00 zł brutto w skali roku, w sytuacji, gdy:

- a) treść warunku nie zastrzegała, aby wartość usługi na poziomie co najmniej 150 000 zł oceniana być miała osobno dla każdego roku świadczenia usługi, a jedynie, że przez okres roku (a nie w dłuższym okresie), usługa warta być miała co najmniej 150 000 zł, ani nie sformułowano wymogu, by wynagrodzenie było stałym i ryczałtowym tj. bez możliwości różnej intensywności wypłac w skali poszczególnych miesięcy,
- b) pojęcie „wartość usługi” nie jest tożsamym z wynagrodzeniem jakie otrzymał faktycznie Wykonawca, a okoliczność, iż w okresie od maja 2019 do maja 2020 r. Wykonawca otrzymał od CSK MSWiA wynagrodzenie w wysokości ponad 150 000 zł, wyznaczał wartość (wycenę) tej usługi nawet w dalszych okresach, w których świadczona była nieodpłatnie.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia dokonanej w dniu 24 lutego 2023 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych Iurator T. S. i Wspólnicy sp. j. w Katowicach,
 - b) przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.2.4 SWZ;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izłą zgodnie z rachunkiem przedłożonym w toku sprawy.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W uzasadnieniu wskazał, że wyrażona przez Zamawiającego ocena, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ bowiem usługa na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. była kontynuowana bez aneksu zawartego na piśmie oraz nieodpłatnie, jest chybiona i całkowicie oderwana od treści przedmiotowego warunku.

Odwołujący wskazał, że żaden przepis ustawy Pzp, w szczególności art. 112 lub 116, nie ustanawiają wymagania, aby doświadczenie jakim muszą legitymować się wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu musiało być nabyte przy realizacji umów w sprawie zamówienia, umów zawartych na piśmie, czy umów odpłatnych. W związku z powyższym, w świetle przepisów ustawy Pzp, Wykonawca mógł powołać się na usługę świadczoną na rzecz MSWiA świadczoną także od 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. bez odrębnego, zawartego na piśmie aneksu oraz nieodpłatnie. Skoro opisanego wyżej wymagania nie ustanawiają przepisy ustawowe, to jedyną możliwością stawiania takowych przed wykonawcami, jest ich wyraźne określenie przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Analizując jednak treść rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ nie sposób takiej okoliczności stwierdzić, zwłaszcza z tego względu, że Zamawiający nigdzie nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „usług” użytym w treści warunku. Z całą pewnością, Zamawiający nie zastrzegł, że przez usługę w rozumieniu omawianego warunku rozumiał będzie „jedną umowę”, umowę (umowy) zawartą na piśmie czy umowę w sprawie zamówienia publicznego. Również i z tego względu, na gruncie rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ należało uznać za w pełni dopuszczalne powołanie się przez Wykonawcę również na jego doświadczenie nabyte po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. w ramach kontynuacji usługi na rzecz CSK MSWiA, bez pisemnego aneksu lub bez wynagrodzenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nabywanie określonego doświadczenia stanowi okoliczność faktyczną, a nie prawną i – jeśli nic innego nie wynika z treści warunku udziału w postępowaniu – dla jego nabycia irrelewantnym są podstawy prawne dokonywania

czynności w związku z którymi doświadczenie to jest nabywane, podobnie jak irrelewantnymi są okoliczności związane z cywilistyczną ważnością lub nieważnością tych podstaw prawnych. Z tego też względu, o braku możliwości powołania się przez Wykonawcę na omawiane doświadczenie, nie przesądza zawarta w umowach (zawartych na piśmie) z CSK MSWiA przez Wykonawcę klauzula zmiany umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zwłaszcza, że jak już wspomniano, usługa w rozumieniu rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ nie była definiowana jako umowa zawarta na piśmie.

Wbrew twierdzeniom zawartym w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, za prawidłowością tej czynności Zamawiającego, nie może przemawiać też sposób ujęcia przez Wykonawcę referencyjnego doświadczenia nabytego u CSK MSWiA (w okresie od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r.) w treści wykazu usług z dnia 6 grudnia 2022 r. (zakładając w ogóle, że w świetle przepisów ustawy PZP, sposób zaprezentowania informacji o doświadczeniu, a nie ich treść, może być w tym przedmiocie rozstrzygającą). Naturalną konsekwencją zastrzeżenia przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ, w którym nie zdefiniowano pojęcia „usługi” czy też nie zastrzeżono, iż rozumiana ona będzie jako jedna umowa (lub kilka umów), które będą miały postać pisemną, była treść wzoru wykazu usług, która nie wymagała od Odwołującego osobnego ujęcia okresu świadczenia usługi na podstawie pisemnej umowy i osobnego ujęcia kontynuacji tej usługi bez pisemnego aneksu. Tym samym, wskazanie przez Wykonawcę w rubryce Wykazu usług pn. „Data wykonania” okresu od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r. było nie tylko prawidłowym, ale i odzwierciedlającym rzeczywisty stan faktyczny.

Odwołujący wskazał, że gdyby przedmiotowe postępowanie wszczynane było na analogicznych uwarunkowaniach np. w czerwcu 2020 r., a umowa byłaby zawarta 30 kwietnia 2019 r., to w pełni, nawet przy takim nieuprawnionym stanowisku

Zamawiającego, warunek udziału byłby spełniony.

Nieposiadającymi żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego są jego rozważania zawarte w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego o przyczynach dla których Wykonawca kontynuował świadczenie na rzecz CSK MSWiA usług w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. bez zawierania aneksu na piśmie. Tego rodzaju oceny – będące *da facto* oceną postępowania CSK MSWiA – nie mają znaczenia dla rozważenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, bowiem kontynuacja świadczenia przez niego na rzecz CSK MSWiA usługi po 31 maja 2020 r., to okoliczność faktyczna, determinująca nabycie przez Wykonawcę doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu.

Za nieporozumienie, poczytywać też należy stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym o niewykazaniu przez Wykonawcę spełnienia omawianego warunku udziału

w postępowaniu, z uwagi na niesprecyzowanie przez niego – w treści wyjaśnień z dnia 17 lutego 2023 r. – jakiego rodzaju usługi świadczył na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. Wymaganie przez Zamawiającego, aby taki zakres usług był konkretyzowany w treści wyjaśnień wykazu usług, a nie określany w samej treści tego wykazu, nie wytrzymuje konfrontacji z treścią przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), który ustanawia właściwy podmiotowy środek dowodowy dla prezentowania informacji o zakresie referencyjnego zamówienia. Tak też uczynił Odwołujący, bowiem w treści tego wykazu opisał pomoc prawną jaką w związku z usługą realizowaną na rzecz CSK MSWiA w okresie od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r., świadczył na rzecz tego podmiotu (potwierdzając to wprost dodatkowo referencjami wydanymi przez CSK MSWiA).

Co więcej, Zamawiający, w treści wezwania z dnia 15 lutego 2022 r. nie zwrócił się do Odwołującego o sprecyzowanie lub wyjaśnienie jakiego rodzaju usługi świadczył na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. i trudno czynić Wykonawcy z tego tytułu zarzut, zwłaszcza, że wbrew stanowisku Zamawiającego, treść wyjaśnień Wykonawcy z dnia 17 lutego 2023 r. w żadnym momencie nie wskazywała, że Odwołujący świadczył na rzecz CSK MSWiA w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. innego rodzaju pomoc prawną niż w okresie wcześniejszym.

Trudno zgodzić się z Zamawiającym, który w informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy wskazał, że wykonywanie usługi w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego na rzecz CSK MSWiA bez pisemnego aneksu uniemożliwia weryfikację przez gospodarza postępowania, czy usługa świadczona w tym czasie była w sposób należyty. Zamawiający pomija przy tym bowiem okoliczność, że zgodnie z przytaczanym już wyżej przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), ustawodawca w celu weryfikacji należytego wykonania usług ustanowił podmiotowy środek dowodowy w postaci składanych przez wykonawców dowodów na taką okoliczność. Wykonawca taki dowód – w postaci referencji wydanych przez CSK MSWiA z dnia 5 grudnia 2022 r., w których wyraźnie wskazano, że usługa w okresie do 14 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r. była wykonywana należyście. Zamawiający pomija w zupełności treść tego dokumentu i nawet nie próbuje go kwestionować. Uzupełniająco należy też wskazać, że to nie forma czynności prawnej, a jej faktyczne wykonanie determinują ocenę należytego lub nienależytego wykonania usługi, która to ocena, znalazła – pozytywny dla Odwołującego – wyraz w złożonych referencjach.

Odwołujący wskazał, że zupełnie oderwane od faktycznej treści warunku zawartego w pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ są też twierdzenia Zamawiającego, iż wartość usługi podana przez Wykonawcę w treści wykazu usług, nie potwierdza spełnienia tego warunku przez doświadczenie nabyte na rzecz CSK MSWiA w okresie od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r. Zgodnie bowiem z treścią przedmiotowego warunku, w celu wykazania jego spełnienia, Odwołujący w wykazie usług podał okres, w którym wartość usługi osiągnęła w skali roku (a nawet przekroczyła) 150 000 zł – był to okres od maja 2019 r. do maja 2020 r. Taka informacja zawarta w treści wykazu usług stanowiła wystarczające potwierdzenie elementu wartościowego do którego odnosił się przedmiotowy warunek w postaci ukształtowanej przez Zamawiającego. Za dowolne i niedopuszczalne rozszerzenie tego warunku, należy interpretować stanowisko Zamawiającego, iż wartość usługi w wysokości 150 000 zł przypadać miała na każdy rok świadczenia usługi. Literalnie bowiem, usługa taka ma osiągnąć przez okres roku (a nie w dłuższym okresie) wartość co najmniej 150 000 zł.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w nieuprawniony sposób zrównuje też ze sobą literalnie i znaczeniowo różne pojęcia tj. „wartość usługi” i „wartość wynagrodzenia”, które bynajmniej nie są tożsamymi. Z ostrożności należy bowiem wskazać, że wartość wynagrodzenia jaką otrzyma wykonawca może służyć do ustalenia wartości usługi w wypadku, gdy była ona świadczona w sposób nieodpłatny. Otrzymanie przez Odwołującego od CSK MSWiA wynagrodzenia w wysokości ponad 150 000 zł w okresie maj 2019 r. do maj 2022 r. wyznaczał wartość (wycenę) tej usługi nawet w dalszych okresach, w których świadczona była nieodpłatnie.

Podsumowując powyższe, Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego i czynność ta wymaga konwalidacji. W ocenie Odwołującego, za szczególnie niesprawiedliwe uznaje on zawarte w treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty sugestie o bliżej niezidentyfikowanej, „ponownie” błędnej i stosowanej przez Odwołującego praktyce. Dość wskazać, że w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący po raz trzeci, na etapie badania i oceny jego oferty, składa odwołanie do KIO, z których poprzednie dwa zakończyły się uwzględnieniem odwołania przez Izbę lub uwzględnieniem odwołania przez samego Zamawiającego. Trudno w świetle tego, doszukiwać się po stronie Wykonawcy jakiegось tym bardziej „kolejnego”, nieprawidłowego postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 marca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz

zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp oparty na okoliczności, że odwołanie zostało przekazane po godzinach pracy Zamawiającego (o godz. 23.27), co oznaczało, iż Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie zaś z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Przepis ten wskazuje na konieczność przekazania zamawiającemu odwołania albo jego kopii, nie ogranicza jednak sposobów, w jakie przekazanie to ma nastąpić. Kluczowe jest to, aby zostało ono przekazane w taki sposób, by zamawiający miał możliwość zapoznania się z jego treścią, przy czym nie chodzi tutaj o datę faktycznego zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania, ale o samą możliwość zapoznania się z jego treścią. Wskazać należy na art. 514 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przekazanie odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej nie musi być dokonane w godzinach w pracy zamawiającego, może nastąpić w każdym momencie do upływu terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od faktycznych godzin pracy jednostki zamawiającej.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 marca 2023 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych „IURATOR” T. S. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Katowicach [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 marca 2023 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24 lutego 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 marca 2023 r., w tym odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 15 marca 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. wydruk ze strony internetowej artykułu pt. Tęgie głowy i portfele na pomoc służbie zdrowia;
2. wydruk ze strony internetowej OIRP w Warszawie dot. uruchomienia Ośrodka Pomocy Pro Bono;
3. wydruk z korespondencji elektronicznej między CSK MSWiA a Odwołującym.

Ponadto do akt sprawy Izba włączyła dowody złożone przez Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie oraz złożone w toku rozprawy, tj.:

1. ogłoszenie o zamówieniu na obsługę prawną CSK MSWiA w Warszawie z 21 maja 2020 r. wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
2. wyciąg z planu postępowań o udzielenie zamówień na 2020 r. wraz z potwierdzeniem jego zamieszczenia na stronie internetowej Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie;
3. wyciąg z planu postępowań o udzielenie zamówień na 2022 r. wraz z potwierdzeniem jego zamieszczenia na stronie internetowej Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie;
4. pisma Zamawiającego z dnia 3 i 19 stycznia 2023 r.;
5. pismo Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie (dawniej CSK MSWiA) z dnia 17 stycznia

2023 r. wraz z umową o świadczenie usług prawnych z dnia 16 września 2019 r.;

6. pismo Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie (dawniej CSK MSWiA) z dnia 23 stycznia 2023 r. wraz z umową o świadczenie usług prawnych z dnia 4 kwietnia 2019 r.;

7. pismo Wojewody Mazowieckiego z dnia 17 marca 2020 r. w sprawie przeprofilowania CSK MSWiA w Warszawie na jednoimienny szpital zakaźny wraz z komunikatem MSWiA;

8. pismo Zamawiającego z dnia 6 marca 2023 r.;

9. pismo Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie (dawniej CSK MSWiA) z dnia 14 marca 2023 r.

Izba do akt sprawy włączyła również wniosek dowodowy Przystępującego w postaci wydruku z internetowego Słownika Języka Polskiego PWN dotyczący definicji słowa „średnioroczny”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 8.2.4.1 lit. a SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum 1 usługę polegającą na świadczeniu przez okres min. 24 miesięcy usług obsługi prawnej w jednym podmiocie leczniczym o którym mowa w art. 6 ust 1 pkt 4 ustawy o działalności leczniczej posiadającym co najmniej 7 oddziałów szpitalnych, a także co najmniej 20 poradni przyszpitalnych, o wartości co najmniej 150 000,00 zł brutto (w skali roku). W przypadku usługi wykonywanej aktualnie, wykonana część usługi musi obejmować co najmniej 12 miesięcy i mieć wartość nie mniejszą niż 150 000,00 zł (w skali roku).

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, wykazu usług 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, 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 – Wzór wykazu podany jest w Rozdziale II pkt 5 SWZ (pkt 9.3 SWZ).

Pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wykazu usług w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 8.4.2.1 a) SWZ.

W dniu 6 grudnia 2022 r. Odwołujący złożył uzupełniony wykaz usług i powołał się na doświadczenie nabyte podczas realizacji usługi na rzecz Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie [dalej „CSK MSWiA”], posiadającego ponad 7 oddziałów szpitalnych, a także ponad 20 poradni przyszpitalnych, polegającej na obsłudze prawnej oraz zastępstwie procesowym wybranych komórek organizacyjnych Zamawiającego (pakiet nr 1 i pakiet nr 3) o wartości 150 000 zł brutto w skali roku (maj 2019 r. – maj 2020 r.) w okresie od 4.04.2019 r. – 31.04.2021 r.

Wraz z wykazem usług Odwołujący przekazał referencje CSK MSWiA z dnia 5 grudnia 2022 r. o treści: „Usługi prawne przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska w Warszawie (obecnie Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci w Warszawie) na rzecz Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie w okresie od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r., były wykonywane należycie, a podejmowane czynności wykonywane były terminowo i w dogodnej dla Szpitala formie. Obszar pomocy prawnej obejmował m.in. obszary dotyczące finansów publicznych, dostępu do informacji publicznej, ochrony informacji niejawnych, prawa podatkowego, negocjowania i zawierania ugód z kontrahentami Szpitala, zastępstwo procesowe, kwestie zarządzenia nieruchomościami, ochrony praw pacjenta uwarunkowań związanych z funkcją szpitala jednoimiennego, pozyskiwania pomocy od darczyńców oraz innych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Szpitala. Pomoc prawna była świadczona w formie dyżurów oraz zdalnie. Wartość usługi w skali roku w okresie maj 2019 – maj 2020 r. wynosił powyżej 150 tys. zł brutto.”

W dniu 15 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp dotyczących wykazu usług w zakresie warunku opisanego w pkt 8.2.4.1 lit. a) SWZ. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie wskazał wartości brutto całej usługi a nadto data końcowa (31.04.2021) jest datą nieistniejącą (kwiecień ma 30 dni). Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość, co do treści złożonych przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych (odnośnie wartości usługi, okresu świadczenia usługi, określenia przedmiotu usługi objętej pakietami 1 i 3), więc działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zwrócił się bezpośrednio do podmiotu, dla którego wykonano usługę, o informacje i dokumenty istotne dla oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

CSK MSWiA udostępnił Zamawiającemu treść umów zawartych z Wykonawcą odpowiednio z dnia 16 września 2019 r. do dnia 31 maja 2020 r. (pakiet 1 – w postępowaniu nr CSK-SK-2375/178/19) i z dnia 4 kwietnia 2021 r. do dnia 3 kwietnia 2020 r. (pakiet 3 –

w postępowaniu nr CSK-SK2375/96/19) wraz z informacją, że w okresie od kwietnia 2019 r. do maja 2021 r. były to jedyne umowy obowiązujące z Wykonawcą.

W świetle powyższego Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie:

1. daty końcowej świadczenia usługi pomocy prawnej, osobno dla Pakietu nr 1 w postępowaniu nr CSK-SK-2375/178/19 i Pakietu nr 3 w postępowaniu nr CSK-SK2375/96/19;
2. wartości usługi brutto, osobno dla Pakietu nr 1 i Pakietu nr 3;
3. podstawy wykonywania usługi albo usług w okresie po maju 2020 r. oraz jej wartości brutto.

Pismem z dnia 17 lutego 2023 r. Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

„Wykonawca, w uzupełnionym Wykazie Usług powołał się na realizację usługi na rzecz CSK MSWiA w ramach dwóch pakietów (nr 1 i 3), jednak stanowiło to jedną usługę (Zamawiający zakresu, ani pojęcia usługi nie definiował w SWZ). Z tego względu, Wykonawca podał kwotę jaką otrzymał od CSK MSWiA z tytułu jej świadczenia, w wartości 150.000 zł brutto w skali roku. Wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał okres (maj 2019 r. – maj 2020 r.), w którym wartość usługi osiągnęła wymaganą przez Zamawiającego w treści warunku kwotę w skali jednego pełnego roku. Na tę okoliczność, Wykonawca w załączeniu przedkłada wydruki z rachunku bankowego potwierdzające wpływ tych środków. Usługa świadczona była do końca miesiąca kwietnia 2021 r. (w wykazie – na skutek omyłki wskazano 31.04.2021 r. zamiast 30.04.2021 r.). Wyjaśniając tę kwestię należy wskazać, że usługa świadczona była na podstawie umów które pozyskał Zamawiający, a po dacie w których umowy miały się zakończyć – bez zawierania aneksu na piśmie. Spowodowane to było okolicznością notoryjną, tj. nadejściem pandemii COVID -19, podczas której, CSK MSWiA realizował szereg nowych obowiązków, spychających kwestie formalne na dalszy plan. W tym też czasie, aż do końca kwietnia 2021 r., Kancelaria świadczyła pomoc prawną na rzecz CSK MSWiA nieodpłatnie – co stanowiło wkład Kancelarii w pomoc w walce z COVID – 19, realizowaną na rzecz kluczowej w skali województwa jednostki ochrony zdrowia. Powyższe okoliczności są irrelewantnymi dla wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

W dniu 24 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych „IURATOR” T. S. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Katowicach. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, bowiem oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że w wyniku przedłożenia przez Wykonawcę dnia 6 grudnia 2022 r. poprawionego wykazu usług oraz treści wyjaśnień z dnia 17 lutego 2023 r. składanych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do dokumentów podmiotowych w zakresie warunku opisanego w pkt 8.2.4.1

lit. a) SWZ, Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego skutkiem jest odrzucenie jego oferty.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że:

I. Zgodnie z uzupełnionym wykazem usług, Wykonawca powołał się na realizację usługi na rzecz CSK MSWiA w ramach dwóch pakietów (nr 1 i 3), co stanowiło jedną usługę, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 17 lutego 2023 r. Wykonawca potwierdził, iż prawdziwe są informacje będące w posiadaniu Zamawiającego, że świadczył usługi na podstawie dwóch odpłatnych umów odpowiednio:

- umowy z 16.09.2019 r. obowiązującej 8,5 miesiąca tj. do 31.05.2020 r. (pakiet 1 – w postępowaniu CSK-SK-2375/178/19);
- umowy z 4.04.2019 r. obowiązującej 12 miesięcy tj. do 3.04.2020 r. (pakiet 3 – w postępowaniu CSK-SK-2375/96/19). Tym samym Wykonawca wykazał, że realizując wskazany w uzupełnionym wykazie usług Pakiet 1 i Pakiet 3 nabył doświadczenie na podstawie dwóch umów w okresie trwającym od 4.04.2019 r. do 31.05.2020 r. tj. niepełne 14 miesięcy.

W konsekwencji warunek udziału, którego wykazania wymagał Zamawiający w treści pkt 8.2.4.1 lit. a) SWZ w brzmieniu: minimum 1 usługę polegającą na świadczeniu przez okres min. 24 miesięcy usług obsługi prawnej w jednym podmiocie leczniczym o którym mowa w art. 6 ust 1 pkt 4 ustawy o działalności leczniczej (...) nie został spełniony.

Zamawiający zauważył, że ewentualne sumowanie okresów doświadczenia z obydwu umów (łącznie 20,5 miesiąca) byłoby nieuprawnione z dwóch przyczyn. Przede wszystkim Wykonawca wyjaśnił, że w jego ocenie pakiety stanowiły jedną usługę. Po wtóre, pokrywające się okresy doświadczenia można uwzględniać tylko jednokrotnie (por. wyrok KIO z dnia 4.10.2021 r., sygn. akt KIO 2444/21).

Wobec potwierdzenia w wyjaśnieniach Wykonawcy, że powołane powyżej umowy nie były aneksowane w przewidzianej umową pod rygorem nieważności formie pisemnej albo elektronicznej, przedmiot usługi wskazany w uzupełnionym wykazie usług cyt.: Obsługa prawna oraz zastępstwo procesowe wybranych komórek organizacyjnych zamawiającego (Pakiet nr 1 i Pakiet nr 3) nie był wykonywany w okresie wskazanym w tym wykazie tj. od kwietnia 2019 r. do kwietnia 2021 r., ale zakończył się już 31 maja 2020 r.

Powyższe ustalenie wynika wprost zarówno treści postanowień umownych (wg § 6 ust. 4 każdej z umów zmiana wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności), jak i przepisów prawa powszechnie obowiązującego, tj. prawa

zamówień publicznych lub kodeksu cywilnego, mających odpowiednie zastosowanie do ww. umów.

II. Wykonawca wyjaśnił ponadto, że „po dacie w których umowy miały się zakończyć” usługa świadczona była na podstawie umów, które Zamawiający pozyskał, jednakże bez zawierania aneksu oraz nieodpłatnie, jako wkład w pomoc w walce z COVID-19. Świadczenie usługi

nieodpłatnej w okresie czerwiec 2020 r. – kwiecień 2021 r. nie zostało wskazane w uzupełnionym przez Wykonawcę wykazie usług.

Ewentualne zawarcie umowy w formie dokumentowej (art. 77² KC), tj. pisemnej lub w formie ustnej nie znajduje potwierdzenia w treści oświadczenia CSK MSWiA (obecnie: Państwowy Instytut Medyczny MSWiA). Państwowy Instytut Medyczny MSWiA jednoznacznie wskazuje, że w okresie kwiecień 2019 r. do maj 2021 r. nie obowiązywały z Wykonawcą inne umowy niż z 4 kwietnia i 16 września 2019 r.

Świadczenie usługi bezumownie, ponad zakres lub termin obowiązywania pakietu nr 1 i 3, także nie zostało wskazane w uzupełnionym wykazie usług.

Na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych składanych w postępowaniu, jednak przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych [Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz UZP, Warszawa 2021]. Wezwanie do wyjaśnień nie służy uzupełnianiu wykazu usług i nie pozwala na poprawianie czy zamianę informacji (pot. Wyrok KIO z dnia 14.03.2022 r. sygn. akt: KIO 508/22).

III. Jako uzasadnienie braku pisemnego zawarcia aneksu w zastrzeżonej pod rygorem nieważności formie, Wykonawca powołał nadejście pandemii COVID-19, podczas której CSK MSWiA realizował szereg nowych obowiązków, spychających kwestie formalne na dalszy plan.

Okoliczności te nie zasługują na uwzględnienie z następujących przyczyn:

Po pierwsze, brak jest podstaw prawnych zwalniających w okresie objętym wykazem usług podmioty lecznicze zaangażowane w walkę z pandemią, w tym CSK MSWiA, ze stosowania przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym prawa zamówień publicznych, w zakresie usług obsługi prawnej. Przedmiot zamówienia nie jest ani usługą udzielaną w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii w rozumieniu ustawy z dnia 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, ani nie jest usługą niezbędną do przeciwdziałania COVID-19 w rozumieniu ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Po drugie, CSK MSWiA w dokumencie pn. „Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2020 na dostawy, usługi i roboty budowlane powyżej kwoty 30 000 euro”, l.p. 130 umieścił usługi prawnicze, przewidując udzielenie zamówienia na podstawie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych o wartości netto 747 600 zł. Należy zwrócić uwagę, iż dnia 22 maja 2020 r. CSK MSWiA ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia

na usługi społeczne zgodnie z art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem była usługa prawna CSK MSWiA w Warszawie trwająca przez okres 24 miesięcy. Przedmiotowe postępowanie obejmowało Pakiet 1 (prawo medyczne, pracy, dostępu do informacji medycznej, dostępu do informacji publicznej i karne) oraz Pakiet 2 (prawo zamówień publicznych, nieruchomości, gospodarcze wraz z budowlanym, finansowe wraz z podatkowym, prawo ochrony danych osobowych i dostępu do informacji publicznych).

Po trzecie, wyjaśnienia Wykonawcy nie precyzują jaki miałby być przedmiot (zakres) usługi świadczonej po zakończeniu terminów realizacji usług objętych umowami pisemnymi. Uzupełniony wykaz usług zawiera wykonywanie usługi obsługi prawnej wybranych komórek organizacyjnych Zamawiającego – wymienionych w treści § 1 umowy z 4 i 16 września 2019 r. – zaś Wykonawca w uzasadnieniu braku aneksu powołał realizację przez CSK MSWiA nowych obowiązków wywołanych nadejściem pandemii.

Powyższe sugeruje zmianę zakresu lub zasad udzielanych dotychczas usług prawnych po wygaśnięciu terminów obowiązywania umów pisemnych i odpłatnych.

Zamawiający w oparciu o złożone dotychczas podmiotowe środki dowodowe, w tym wyjaśnienia Wykonawcy odnoszące się do okresu doświadczenia po maju 2020 r., nie może stwierdzić zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. (...)

Bezumowne świadczenie w sposób oczywisty uniemożliwia weryfikację realizacji usługi pod kątem jej należytości rozumianej jako terminowe i rzetelne wykonywanie, a brak wynagrodzenia nie pozwala przyjąć domniemania kontynuacji usługi w zakresie porównywalnym z zakresem dotychczasowym, a nie doraźnym lub pozbawionym cechy ciągłości.

Argumentacja powołana powyżej prowadzi do ustalenia, że Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania, że wykonał minimum 1 usługę polegającą na świadczeniu przez okres min. 24 miesięcy usług obsługi prawnej w jednym podmiocie leczniczym, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o działalności leczniczej. Wymóg zawarty w SWZ wykazania wykonania świadczonej przez wykonawców obsługi prawnej o charakterze ciągłym przez okres 24 miesięcy jest jednoznaczny i nie dopuszcza w postępowaniu na usługę obsługi prawnej stałej, tj. we wszystkich aspektach działalności Zamawiającego, wykładni pozwalającej spełnić ten warunek usługą o charakterze

doraźnym. Zamawiający powołał się na treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18.06.2014 r., sygn. akt V Ca 1235/14. Zamawiający wskazał, iż przedmiotowy wyrok jednoznacznie wskazuje, iż praktyka którą ponownie stosuje Kancelaria Ć. i Partnerzy jest błędna.

IV.

Zgodnie z pkt 9.4.3. SWZ Zamawiający wymagał, aby wykaz usług wykonanych zawierał podanie ich wartości, przedmiotu i dat wykonania. Wykonawca, pomimo wyraźnego wezwania do wskazania wartości brutto usługi zawartej w uzupełnionym wykazie ograniczył się do oświadczenia, że otrzymał od CSK MSWiA tytułem świadczenia usługi w ramach Pakietów nr 1 i 3 wartość „150.000 zł brutto w skali roku”, zaś w okresie maj 2019 r. – maj 2020 r. wartość usługi osiągnęła „wymaganą w treści warunku kwotę w skali jednego pełnego roku”. Podsumowanie dołączonych do wyjaśnień 20 wydruków z rachunku bankowego daje kwotę łącznie 173 319,35 zł w okresie od czerwca 2019 r. do czerwca 2020 r.

Postanowienie SWZ w odniesieniu do wartości usługi świadczonej min. 24 miesiące stanowi: „o wartości co najmniej 150 000,00 zł brutto (w skali roku). W przypadku usługi wykonywanej aktualnie, wykonana część usługi musi obejmować co najmniej 12 miesięcy i mieć wartość nie mniejszą niż 150 000,00 zł (w skali roku).”

Wykaz usług złożony przed uzupełnieniem zawierał wartość brutto 700 000,20 zł dla usługi, której okres wykonywania jest 3 letni. Wynik rachunkowy (iloraz wartości i liczby miesięcy obowiązywania, następnie pomnożony przez 12 miesięcy) pozwala ustalić wartość usługi wynoszącą brutto 233 333,40 zł w skali roku.

Takie samo działanie rachunkowe z uwzględnieniem wartości wynikającej z podsumowania dołączonych przez Wykonawcę do wyjaśnień 20 wydruków z rachunku bankowego i z uwzględnieniem dat wskazanych w uzupełnionym wykazie jako daty wykonania usługi (przyjmując zaokrąglenie korzystne dla Wykonawcy, tj. pełne 24 miesiące, zamiast 24 miesięcy i 26 dni) daje wartość usługi brutto 86 659,68 zł w skali roku.

Ponieważ Wykonawca w uzupełnionym wykazie powołał się na dwa pakiety 1 i 3 z umów już zrealizowanych, a nie na umowę wykonywaną aktualnie, zastosowanie znajduje pierwszy sposób obliczenia wartości umowy, tj. badaniu podlega wymóg wartości co najmniej 150 000 zł brutto w skali roku dla usługi 2-letniej (24 m-ce).

Wykonawca błędnie uznał w treści wyjaśnień, że Zamawiający postawił warunek kwoty 150 000 zł brutto z ograniczeniem do jednego pełnego roku z dwóch lat minimalnego trwania usługi.

Nawet jeżeli – błędnie przyjąć za Wykonawcą – wymóg kwoty 150 000 zł brutto w skali „jednego pełnego roku”, wówczas Wykonawca spełnia warunek w pierwszym roku (1-12 miesięcy świadczenia usługi), ale nie spełnia warunku w pozostałym okresie (13-24 miesięcy).

Podsumowując, Wykonawca w sposób nieuprawniony udzielonymi wyjaśnieniami zmierzał do uzupełnienia wykazu usług o usługę w wykazie niezawartą (świadczoną bezumownie i nieodpłatnie po maju 2020 r.), oraz nie wykazał wykonania minimum 1 usługi trwającej minimum 24 miesiące o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł w skali roku.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z postanowieniami rozdz. 8.2.4.1 lit. a SWZ przez odrzucenie oferty Odwołującego.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Przedmiotem zawisłego sporu była czynność Zamawiającego z dnia 24 lutego 2023 r. polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w punkcie 8.2.4.1 lit. a specyfikacji. Bezsporne między Stronami było, że Odwołujący świadczył na rzecz CSK MSWiA usługę obsługi prawnej realizowaną w ramach dwóch pakietów na podstawie umowy z 16.09.2019 r. obowiązującej do 31.05.2020 r. (pakiet 1) oraz umowy z 4.04.2019 r. obowiązującej do 3.04.2020 r. (pakiet 3). Z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający nie uznał doświadczenia Wykonawcy nabytego w okresie czerwiec 2020 r. do kwiecień 2021 r. (11 miesięcy), bowiem usługa obsługi prawnej w tym okresie realizowana była przez Wykonawcę nieodpłatnie i bez zawartego na piśmie aneksu. Zamawiający uznał wyłącznie doświadczenie Wykonawcy nabyte w okresie niepełnych 14 miesięcy (4.04.2019 r. do 31.05.2020 r.), tj. za okres, w którym Odwołujący posiadał zawarte z CSK MSWiA umowy pisemne dotyczące pakietu 1 i 3.

Na wstępie w ocenie Izby zasadne jest przedstawienie uwag natury ogólnej. Podkreślenia wymaga, iż dokonując oceny prawidłowości czynności zamawiającego Izba opiera się na okolicznościach faktycznych, które zostały zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zatem to w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty do czego też obliguje Zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym rozszerzenie uzasadnienia faktycznego ww. czynności, tj. odrzucenia oferty Odwołującego w świetle okoliczności zawartych w odpowiedzi na odwołanie jest działaniem spóźnionym

i pozostającym bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Ocenie Izby mogą bowiem podlegać wyłącznie okoliczności przedstawione wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. To na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.

Następnie wskazać należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją Prawa zamówień publicznych służącą eliminacji z postępowania m.in. wykonawców niespełniających warunków udziału, a zatem pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym dokonana przez zamawiającego weryfikacja zdolności podmiotowej danego wykonawcy powinna zostać dokonana kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu albo nie.

W końcu podkreślenia wymaga, że ocena sytuacji podmiotowej danego wykonawcy winna być dokonana w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem, muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając przedstawione na wstępie kwestie formalne Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy czynność odrzucenia oferta Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b uchybiała przepisom ustawy Pzp.

Jak wynika ze złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, w celu wykazania warunku określonego w punkcie 8.2.4.1 lit. a SWZ, Wykonawca powołał się na doświadczenie nabyte podczas realizacji usługi na rzecz CSK MSWiA w Warszawie posiadającego ponad 7 oddziałów szpitalnych, a także 20 poradni przyszpitalnych, polegającej na obsłudze prawnej oraz zastępstwie procesowym wybranych komórek organizacyjnych Zamawiającego (pakiet nr 1 i 3) w okresie od 4.04.2019 r. do 31.04.2021 r. (w istocie do 30.04.2021, bowiem jak wyjaśniono pismem z dnia 17 lutego 2023 r. data 31.04.2021 r. podana została omyłkowo). Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że wartość usługi wynosiła 150 000 zł brutto w skali roku (maj 2019 r. do maj 2020 r.). Oświadczenie Wykonawcy złożone w wykazie usług było spójne z treścią referencji z dnia 5 grudnia 2022

r., która oprócz należytego wykonania usług prawnych potwierdzała wartość usługi w skali roku w okresie maja 2019 – maj 2020, okres jej realizacji, a także wskazywała na obszary pomocy prawnej.

Izba wskazuje, że lektura uzasadnienia faktycznego decyzji dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że weryfikacja zdolności podmiotowej Odwołującego w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia została dokonana w oderwaniu od jego treści wyrażonej w specyfikacji.

W celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4.1. lit. a specyfikacji Zamawiający wymagał – w przypadku usług zrealizowanych – aby wykonawca wykazał się min. 1 usługą polegającą na świadczeniu usług obsługi prawnej, usługa ta powinna być wykonywana przez okres min. 24 miesięcy, usługa ta powinna być świadczona w podmiocie leczniczym, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o działalności leczniczej posiadającym co najmniej 7 oddziałów szpitalnych, a także co najmniej 20 poradni przyszpitalnych, a ponadto wartość ww. usługi powinna wynosić co najmniej 150 000 zł brutto (w skali roku).

Wskazać należy, iż w ramach spornego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „usług” użytym w treści warunku, w szczególności nie skonkretyzowano, że przez usługę rozumiana będzie jedna umowa, umowa (umowy) zawarte na piśmie czy też umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym na gruncie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie było zakazane posłużenie się przez wykonawcę doświadczeniem nabytym przy świadczeniu usługi obsługi prawnej na rzecz danego podmiotu bez pisemnego aneksu lub bez wynagrodzenia. Rację ma Odwołujący, iż nabywanie określonego doświadczenia stanowi okoliczność faktyczną (co zresztą zdaje się przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w pkt IX), a nie prawną i jeśli inaczej nie zastrzeżono w treści specyfikacji, dla jego nabycia nie mają znaczenia podstawy prawne dokonywania czynności, w związku z którymi doświadczenie jest nabywane. Podobnie bez znaczenia pozostają okoliczności związane z cywilistyczną ważnością lub nieważnością tych podstaw prawnych. Tym samym o braku możliwości uznania doświadczenia Odwołującego nabytego w okresie po 31 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. nie przesądza zawarta w pisemnych umowach z CSK MSWiA klauzula zmiany umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, tym bardziej, że jak już wskazano powyżej w punkcie 8.2.4.1 lit. a SWZ nie zdefiniowano usługi jako umowy zawartej w formie pisemnej.

W świetle powyższego nie zasługuje na aprobatę stanowisko Zamawiającego wyrażone w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jakoby po 31 maja 2020 r. obsługa prawna oraz zastępstwo procesowe wybranych komórek organizacyjnych zamawiającego (CSK MSWiA) świadczone w ramach pakietu nr 1 i 3 nie były wykonywane w okresie

wskazany w wykazie usług, tj. od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r. Powyższe stanowisko Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią referencji z dnia 5 grudnia 2022 r., która wprost wskazuje, że Odwołujący świadczył na rzecz CSK MSWiA usługi prawne w okresie od 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r. Stanowisko Zamawiającego było także zbyt daleko idące w kontekście wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego pismem z dnia 17 lutego 2023 r., w którym wskazał, że po dacie w których umowy miały się zakończyć usługa była świadczona bez zawierania aneksu na

piśmie, co było spowodowane okolicznością notoryjną, tj. nadejściem pandemii COVID -19 oraz że do końca kwietnia 2021 r. Kancelaria świadczyła pomoc prawną na rzecz CSK MSWiA nieodpłatnie.

Izba nie podzieliła dokonanej przez Zamawiającego wykładni omawianego warunku udziału w postępowaniu zasadzającej się na tym, iż wymóg 150 tys. zł należy odnosić do każdego roku doświadczenia (punkt IV decyzji o odrzuceniu oferty). Dokonana przez Zamawiającego wykładnia jest sprzeczna z jego literalnym brzmieniem. Wskazać należy, iż z treści spornego warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że wartość 150 000 zł należy odnosić do każdego roku świadczenia usługi. Zamawiający w punkcie 8.2.4.1 lit. a SWZ nie podał, że wartość usługi w wysokości 150 000 zł ma dotyczyć każdego roku, lecz że warunek zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca będzie posługiwał się doświadczeniem min. 24 miesięcznym w realizacji usługi, która w skali jednego roku osiągnęła wartość 150 000 zł. Innymi słowy, na gruncie ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu wystarczające było osiągnięcie wartości 150 000 zł dla jednego roku w całym okresie doświadczenia. Powyższe jest zresztą spójne z częścią warunku udziału w postępowaniu dotyczącą usług będących w realizacji. Zgodnie bowiem z SWZ, w przypadku usługi wykonywanej aktualnie, wykonana część usługi musi obejmować co najmniej 12 miesięcy i mieć wartość nie mniejszą niż 150 000,00 zł (w skali roku). Gdyby przyjąć prezentowaną przez Zamawiającego argumentację za prawidłową, to należałoby dojść do wniosku, iż Zamawiający postawił nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu, diametralnie różniący sytuację wykonawców legitymujących się usługami już wykonanymi oraz wykonawców powołujących się na doświadczenie przy realizacji usług nadal wykonywanych. Za nieprzydatny do rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba uznała złożony przez Przystępującego dowód obejmujący definicję słowa „średnioroczny”, tj. obliczony w skali roku, ale średnio roczny, bowiem w warunku udziału w postępowaniu jest mowa o świadczeniu usług przez minimum 24 miesiące.

W świetle powyższego uznać należy, iż Odwołujący, który w treści wykazu usług podał wartość usługi w skali roku 150 000 zł w okresie od maja 2019 r. do maja 2020 r. (potwierdzonej wydrukami z rachunku bankowego) potwierdził element wartościowy wymagany przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4.1 lit. a SWZ.

Dalej wskazać należy, iż Izba nie podzieliła optyki Zamawiającego dotyczącej sposobu wypełnienia wykazu usług w zakresie doświadczenia nabytego przez Odwołującego w ramach świadczenia usługi w okresie czerwiec 2020 r. – kwiecień 2021 r. W kontekście powyższego po pierwsze podnieść należy, iż powinnością Zamawiającego była całościowa weryfikacja zdolności podmiotowej Odwołującego na podstawie złożonych dokumentów, tj. wykazu usług, referencji oraz udzielonych wyjaśnień. Po drugie, sposób wypełnienia wykazu usług przez wykonawcę należy oceniać przez pryzmat treści postawionego warunku udziału w postępowaniu, a zatem wymogów zamawiającego. Uwzględniając zatem powyższe wytyczne przy weryfikacji zdolności podmiotowej Odwołującego do realizacji niniejszego zamówienia nie można pominąć, iż dokument referencji wprost potwierdzał okres świadczenia usługi podany w wykazie usług. Ponadto z brzmienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4.1. lit. a specyfikacji, w którym nie zdefiniowano pojęcia „usługi” czy też nie zastrzeżono, iż rozumiana ona będzie jako jedna umowa (lub kilka umów) zawartych w formie pisemnej, nie sposób wywieść obowiązku wykonawcy dotyczącego podania w wykazie usług odrębnie okresu świadczenia usługi na podstawie umowy zawartej w formie pisemnej oraz podania okresu, w którym umowa kontynuowana była bez pisemnego aneksu.

Następnie wskazać należy, iż bez znaczenia dla oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego pozostają okoliczności przywołane w punkcie III pisma z dnia 24 lutego 2023 r. dotyczące przyczyn świadczenia przez Odwołującego na rzecz CSK MSWiA usług w okresie czerwiec 2020 r. do kwiecień 2021 r. bez zawarcia aneksu na piśmie. Rację ma Odwołujący, iż dokonana przez Zamawiającego analiza stanowi w istocie ocenę postępowania samego CSK MSWiA, który z kolei potwierdził w referencji okres i przedmiot świadczenia usług przez Odwołującego, a także ich wartość w skali jednego roku. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym dlaczego skutkiem braku zawarcia stosownego aneksu należy obciążyć wyłącznie Wykonawcę. Ponadto jak już wskazano powyżej, a co wydaje się przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nabycie doświadczenia stanowi okoliczność faktyczną, a nie prawną.

Wbrew stanowisku Zamawiającego okoliczności świadczenia na rzecz CSK MSWiA usługi obsługi prawnej w okresie 4 kwietnia 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r., potwierdzonej referencją, nie podważa podnoszony przez Zamawiającego fakt ogłoszenia w maju 2020 r. przez CSK MSWiA postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne zgodnie z art. 138o ustawy Pzp, którego przedmiotem była obsługa prawna CSK MSWiA w Warszawie oraz kolejnego postępowania z ww. zakresu w roku 2022. Powyższa okoliczność, niesporna między Stronami, nie potwierdza, że w okresie czerwiec 2020 r. do kwiecień 2021 r. Odwołujący nie świadczył na rzecz CSK MSWiA usługi obsługi prawnej. Tym samym złożone przez Zamawiającego wnioski dowodowe nr 1-3 wymienione na str. 11

powyżej Izba uznała za nieprzydatne, bowiem zostały złożone celem wykazania okoliczności bezspornych w sprawie.

Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie mogło stanowić również stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym „wyjaśnienia Wykonawcy nie precyzują jaki miałby być przedmiot (zakres) usługi świadczonej po zakończeniu terminów realizacji usług objętych umowami pisemnymi.” Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż po pierwsze ww. kwestia nie była przedmiotem wezwania do wyjaśnień skierowanego do Odwołującego pismem z dnia 15 lutego 2023 r., co czyni zarzut Zamawiającego niezasadnym. Po drugie, ani treść wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego ani treść wykazu usług czytanych łącznie z referencjami nie dają podstaw do przyjęcia, że w okresie czerwiec 2020 r. – kwiecień 2021 r. Wykonawca świadczył na rzecz CSK MSWiA innego rodzaju pomoc prawną niż w okresie wcześniejszym objętymi umowami pisemnymi. Po trzecie, Zamawiający pomija, że w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4.1 lit. a specyfikacji nie skonkretyzowano zakresu przedmiotowego obsługi prawnej, która miała być świadczona na rzecz podmiotu leczniczego. Tym samym kwestia zakresu (przedmiotu) świadczenia usługi obsługi prawnej pozostawała irrelevantna w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu, który nie może

być interpretowany rozszerzająco. Zamawiający po raz kolejny w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nadinterpretował treść omawianego warunku udziału w postępowaniu rozumiejąc obsługę prawną jako obejmującą wszystkie aspekty działalności zamawiającego. Zamawiający nie wykazał przy tym, aby usługi świadczone przez Odwołującego w okresie czerwiec 2020 r. do kwiecień 2021 r. miały charakter doraźny. Takiego wniosku nie sposób wyprowadzić z treści złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie podważył również złożonego przez Odwołującego wniosku dowodowego nr 3 stanowiącego przykładową korespondencję elektroniczną między Odwołującym a CSK MSWiA obejmującą świadczenie usług pochodzącą z okresu po maju 2020 r. Po czwarte, w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu twierdzenia Zamawiającego o potrzebie wykazania niezmienności zakresu usługi realizowanej bez umowy zawartej w formie pisemnej są nieuzasadnione.

Prawidłowości stanowiska Zamawiającego nie potwierdza przywołany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 czerwca 2014 r. sygn. akt: KIO V Ca 1235/14, bowiem dotyczył on odmiennego stanu faktycznego (podstawą rozstrzygnięcia była m.in. okoliczność faktyczna, że współpraca między Odwołującym a CPD MSW nie miała charakteru trwałego). Na powyższe zresztą zwrócił uwagę sam Zamawiający wskazując w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że dotyczył on podobnej sytuacji, a nie tożsamej. Tym samym przywołany wyżej wyrok nie mógł mieć bezpośredniego przełożenia na okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy.

Izba wskazuje, iż przeprowadzona przez Zamawiającego analiza sytuacji podmiotowej Odwołującego w zakresie spornego warunku udziału w postępowaniu nie została dokonana kompleksowo i z należytą starannością, co ma szczególnie istotne znaczenie, gdy wynikiem analizy Zamawiającego jest decyzja o eliminacji oferty z postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż lektura uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, że Zamawiający nie kwestionował treści dokumentu referencyjnego z dnia 5 grudnia 2022 r. Podjętą tym samym w odpowiedzi na odwołanie próbę ich analizy zawarł w punktach V - XI należy uznać za spóźnioną. Jedynie dla przykładu Izba wskazuje, iż w ww. punktach Zamawiający po raz kolejny podniósł nowe argumenty niewyrażone w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jak chociażby to, że złożone przez Odwołującego referencje nie precyzują podstawy wykonywania usługi prawnej, nie zawierają odniesienia do nazw lub numerów postępowań lub pakietów umownych czy też ich podpis jest nieczytelny (Zamawiający nie twierdził przy tym, że nieczytelny podpis pod referencją uniemożliwia identyfikację osoby, która go złożyła). Zamawiający podjął także rozważania dotyczące doświadczenia Odwołującego w kontekście wymienionego w dokumencie referencyjnym „Szpitala jednoimiennego”, których nie wyrażono w decyzji o odrzuceniu oferty. Złożone tym samym przez Zamawiającego wnioski dowodowe nr 7 należało uznać za bez znaczenia dla istoty sprawy. Nietrafione było też przywołanie przez Zamawiającego wyroku KIO sygn. akt: 497/18, który dotyczył odmiennego stanu faktycznego aniżeli rozpoznawany w niniejszej sprawie.

Warto również zauważyć, iż Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, oprócz podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę, dysponował pisemnymi umowami zawartymi przez Odwołującego z CSK MSWiA w 2019 r., które uzyskał w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż skierowane przez Zamawiającego do CSK MSWiA w Warszawie pisma z dnia 3 i 19 stycznia 2023 r. miały charakter ogólny, ukierunkowane były na udostępnienie kopii umowy/umów obejmujących obsługę prawną oraz zastępstwo procesowe za okres kwiecień 2019 r. do maj 2021 r. Na podstawie ww. pism nie sposób uznać, iż Zamawiający dążył do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, w tym wynikających z treści referencji z dnia 5 grudnia 2022 r. Co więcej, zauważyć należy, iż ww. pisma zostały skierowane do CSK MSWiA przed złożeniem przez Odwołującego kluczowych dla sprawy wyjaśnień z dnia 17 lutego 2023 r. Zamawiający nie wykazał, aby po tej dacie, a przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, podjął dalsze czynności wyjaśniające w zakresie świadczenia obsługi prawnej przez Odwołującego w okresie czerwiec 2020 – kwiecień 2021.

Kolejno, abstrahując od okoliczności, iż Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie kwestionował dokumentu referencyjnego z dnia 5 grudnia 2022 r. Izba

wskazuje, iż zgromadzony w przedmiotowej sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do podważenia jego wiarygodności. Wskazać należy, iż złożone przez Zamawiającego pismo CSK MSWiA (obecnie Państwowy Instytut Medycznych MSWiA w Warszawie) z dnia 14 marca 2023 r. nie potwierdza, że Odwołujący nie świadczył na rzecz ww. podmiotu nieodpłatnych usług w kwestionowanym okresie (czerwiec 2020 r. – kwiecień 2021 r.). Z rzeczonego pisma wynika jedynie, że „w Instytucie nie odnaleziono żadnych dokumentów potwierdzających świadczenie przez Kancelarię C. i Partnerzy usług prawnych na rzecz CSK MSWiA w Warszawie po 31 maja 2020 r., w szczególności nieodpłatnych. Zwrócono się do obecnie pracujących w Instytucie osób, które ewentualnie mogłyby korzystać z takich świadczeń, z prośbą o informację na ten temat. Nikt nie przypomina sobie takiej współpracy”. Stanowiska Odwołującego nie neguje także informacja o świadczeniu obsługi prawnej na rzecz CSK MSWiA w Warszawie od 3 czerwca 2020 r. przez inną kancelarię prawną. Ponadto dostrzec należy, iż Zamawiający na moment podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie dysponował przedmiotowym pismem, tym samym nie stanowiło ono podstawy faktycznej decyzji o odrzuceniu.

W końcu wskazać należy, iż poza oceną Izby była argumentacja Zamawiającego zawarta w punkcie XII odpowiedzi na odwołanie, której próżno szukać w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Za bez znaczenia dla istoty sprawy Izba uznała dowody nr 1 i 2 złożone przez Odwołującego, bowiem dotyczyły okoliczności niekwestionowanych przez przeciwników procesowych.

Podsumowując powyższe rozważania Izba uznała, iż dokonana przez Zamawiającego ocena zdolności podmiotowej Odwołującego miała charakter wybiórczy, oderwany od treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4.1 lit. a SWZ, oparty na przypuszczeniach, a nadto nie sposób przypisać jej cech rzetelności i wszechstronności. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp

przez odrzucenie oferty Odwołującego potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: