

WYROK
z dnia 6 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci, Al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Kancelaria Radcy Prawnego R.F., Al. Jerozolimskie 11/19 lok. 12, 00-508 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- 2) **Kancelaria Prawnicza J.W., ul. Łukowska 30 lok. 134, 04-133 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci** z siedzibą w Warszawie, wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa, 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: Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa, na rzecz odwołującego: Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci, Al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych udzielanych przez Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o.”, numer referencyjny: MSB/TP/31/04/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.05.2022 r., nr 2022/BZP 00179005.

Pismem z dnia 15.06.2022 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci, Al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa (dalej: „odwołujący”) oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kancelaria Prawnicza J.W..

W dniu 20.06.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przez błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na bezpodstawne uznanie:
 - a) że doświadczenie w zakresie kompleksowej obsługi prawnej dotyczącej podmiotów prowadzących działalność leczniczą nie obejmuje obsługi prawnej w zakresie zamówień publicznych, oraz
 - b) że doświadczenie zawodowe osób posiadających tytuł radcy prawnego lub adwokata może być jedynie zdobywane po uzyskaniu tytułu zawodowego- podczas gdy odwołujący posiada doświadczenie oraz dysponuje personelem pozwalającym na prawidłowe i terminowe realizowanie zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał więcej niż jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą, jako stanowiący doniosły element kompleksowej obsługi prawnej oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi tytuł zawodowy radcy prawnego lub adwokata i wpisanymi na listę odpowiednio Okręgowej Izby Radców Prawnych lub Okręgowej Rady Adwokackiej lub prawników zagranicznych, posiadającymi minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą,

- 2) art. 239 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Kancelarii Prawniczej J.W., która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, ponieważ w przypadku prawidłowego badania i oceny wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. także z uwzględnieniem oferty odwołującego, to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
- 3) ewentualnie: art.128 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawne zaniechanie wezwania do złożenia poprawionego wykazu usług i wykazu osób w sytuacji, gdy jeśli w ocenie zamawiającego i Izby wykazy te są niekompletne lub zawierają błędy, podczas gdy sytuacja „wątpliwości” zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu ze skutkiem braku ich spełniania - kwalifikuje obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych dokumentów

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z pkt. 10 ppkt. 4 lit. b SWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie przez wykonawcę, że: *dysponuje osobą/osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi tytuł zawodowy radcy prawnego lub adwokata i wpisanymi na listę Okręgowej Izby Radców Prawnych lub Okręgowej Rady Adwokackiej lub prawników zagranicznych, posiadającymi minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą, która/e zostaną skierowane do realizacji zamówienia.*

Na potwierdzenie ww. warunku, Odwołujący złożył wraz z ofertą Wykaz osób (...) W treści przedłożonego wykazu zostali wskazani – oprócz r.pr. D.Ć., r.pr. D.K., r.pr. J.L. – także r.pr. W.S. oraz adw. M.K.-B., partnerzy (wspólnicy) Odwołującego. Każda z tych osób posiada minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe związane ze świadczeniem pomocy prawnej – W.S. został wpisany na listę radców prawnych Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie dnia 20 sierpnia 2020 roku, natomiast M.K.-B. na listę Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie dnia 15 lipca 2021 roku. Tym samym Odwołujący do „doświadczenia zawodowego” zaliczył okres, w jakim wykonywane były przez Wspólników Odwołującego czynności były zbieżne z rzeczowym oczekiwaniem Zamawiającego, a wykonywane także w okresie odbywania aplikacji - odpowiednio radcowskiej oraz adwokackiej.

Zamawiający na tej kanwie przyjął, że dwie z pięciu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego, tj. mimo, że posiadają tytuł odpowiednio radcy prawnego i adwokata potwierdzony aktualnymi wpisami, nie posiadają minimum 3 letniego doświadczenia zawodowego związanego ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień

publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą.

Z kolei w zakresie drugiego z warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w pkt. 10 ppkt. 4 lit. a SWZ wskazał, że: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, które mogą dotyczyć (...) zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą.

Odwołujący wraz z ofertą złożył zgodnie z wzorem nr 6 do SWZ wykaz usług, celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 10 ppkt. 4 lit. 4 SWZ, których jako referencyjne wskazał usługi w zakresie bieżącej, kompleksowej obsługi prawnej (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe). Co więcej, Odwołujący wskazał dwie usługi, podczas gdy jako warunek udziału wymagane było doświadczenie jedynie w realizacji jednej usługi.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie opisanym w ww. piśmie. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (...).

1. Doświadczenie zawodowe

Osią sporu w niniejszej sprawie stanowi de facto okoliczność, czy w okresie poprzedzającym uzyskanie tytułu radcy prawnego lub adwokata, w tym w toku aplikacji radcowskiej lub adwokackiej, przyszły adept wykonywania zawodu zdobywa doświadczenie zawodowe w rozumieniu SWZ. Zgodnie z definicją, którą wskazuje Słownik Języka Polskiego PWN, doświadczenie stanowi „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć”¹. Tym samym powszechna definicja doświadczenia jako element sine qua non wskazuje zdobywanie wiadomości czy zdolności mocą własnych zmysłów i czynności. Niewątpliwie – także w myśl idei jakiej przyświeca ustanowienie warunku udziału w postępowaniu – doświadczenie zawodowe zdobywa osoba, która w sposób realny i faktyczny uczestniczy w wykonywaniu danych czynności. W konsekwencji, doświadczenie zawodowe może nabywać także osoba przygotowując się do zdobywania samodzielnych uprawnień zawodowych – do czego niewątpliwie ma przygotować także aplikacja radcowska czy adwokacka.

W opozycji do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w treści informacji o odrzuceniu, jakoby aplikant nie wykonuje czynności polegających na zdobywaniu doświadczenia zawodowego, wskazać należy, iż zgodnie z art. 77 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r. poz. 1184 z późn. zm.), dalej zwanej

„Prawem o adwokaturze”, aplikant adwokacki może zastępować adwokata lub radcę prawnego w czynnościach: (...) Odpowiednikiem ww. przepisu w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1166) jest przepis art. 35 (1), zawierający analogiczne unormowania względem aplikantów radcowskich.

W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że doświadczenie zawodowe w świadczeniu usług pomocy prawnej zdobywa się także przed uzyskaniem tytułu zawodowego. Tytułem przykładu dla dywersyfikacji tych pojęć, ustawodawca w treści art. 474 ust. 2 ustawy Pzp, ustanowił wymóg, które muszą zostać spełnione przez członka Krajowej Izby Odwoławczej. Wśród tych wymogów zostało rozróżnione doświadczenie zawodowe od faktu złożenia egzaminu zawodowego, wykonywania zawodu lub posiadania tytułu zawodowego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że każdy z tych elementów może być ze sobą połączony, ale także możliwa jest sytuacja, w której tytuł zawodowy nie gwarantuje ani złożenia egzaminu zawodowego, ani także posiadania właściwego doświadczenia zawodowego.

W konsekwencji, aby Zamawiający skutecznie żądał posiadania doświadczenia w sposób, jaki na obecnym etapie forsuje dokonując odrzucenia oferty, tj. doświadczenia zawodowego zdobywanego po upływie uzyskania uprawnień, musiałby dać wyraz temu oczekiwaniu wprost w treści SWZ. Często zamawiający określają „doświadczenie zawodowe jako radca prawny lub adwokat”. Nawet gdyby bowiem uznać, że doświadczenie zawodowe aplikanta nie ma charakteru równoważnego względem doświadczenia zawodowego radcy prawnego czy adwokata (ze swej istoty doświadczenie to ma charakter dłuższy – nawet ze względu na tak bagatelną przyczynę, jak wiek), podkreślić należy, iż Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu – po pierwsze, bez wskazania minimalnej liczby zespołu, a po drugie – bez wskazania, że zaliczane będzie doświadczenie zawodowe dopiero od chwili wpisania na listę radców prawnych lub adwokatów. (...)

Skoro zatem Zamawiający nie określił minimalnej liczby osób spełniających warunek udziału w postępowaniu, za jego spełnienie należy uznać skierowanie do realizacji już jednej osoby. Tym samym, już na tej kanwie Odwołujący spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu.

2. Kompleksowa obsługa prawna

W zakresie przedmiotowego warunku Zamawiający zakwestionował doświadczenie Odwołującego polegające na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotów leczniczych. Argumentacja ta zasadza się na tezie, iż doświadczenie w kompleksowej obsłudze prawnej (w zakres której wchodzi również obsługa prawna z zakresu zamówień publicznych), nie jest tożsame z doświadczeniem w obsłudze prawnej ograniczonej do zamówień publicznej.

W polemice z tym stanowiskiem wskazać należy, że świadczenie usług pomocy prawnej o charakterze kompleksowym – tj. obejmującej każdą dziedzinę prawa, w tym zamówień publicznych i to podmiotów prowadzących tożsamą działalność jak Zamawiający

ma znacznie większy zakres merytoryczny, aniżeli tego rodzaju ograniczenie. Innymi słowy, realizacja kompleksowej obsługi prawnej wymaga większych nakładów osobowych czy czasowych, a tym samym za kuriozalne wręcz należy uznać, iż nie spełnia warunku o znacznie mniejszym zakresie. Co jednak najistotniejsze, w zakres kompleksowej pomocy prawnej, wchodzi też – w całości – obsługa prawna podmiotu w zakresie zamówień publicznych.

Nie urągając powadze zadań, jakie realizuje wykonawca w ramach świadczenia pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych, także z uwzględnieniem liczby postępowań czy zawieranych umów, podkreślić należy, że podmioty lecznicze wskazane w wykazie usług przez Odwołującego także prowadzą działalność w podobnej skali, a tym samym – udzielają podobną liczbę zamówień publicznych. Potwierdza to zatem, że doświadczenie Odwołującego w obsłudze podmiotu leczniczego, pozwoli na prawidłową realizację zamówienia także na rzecz Zamawiającego. (...)

Zamawiający podkreśla jednak, że wartość i zakres umowy ma dla niego doniosłe znaczenie, zaś zamawiający często zlecają usługi na „specjalistyczne usługi”. W polemice z takim stanowiskiem wskazać należy, że skoro z prostego wniosku a maiori ad minus można wywieść, iż skoro dany wykonawca „potrafi” więcej, potrafi także i mniej. W konsekwencji sam sposób zlecenia zamówienia jako taki jest indyferentny – każdy zamawiający inaczej identyfikuje swoje potrzeby i w sposób im odpowiadający zawiera umowy z wykonawcami celem nabycia usług potrzeby te spełniających. Okoliczność, że dany zamawiający zawiera umowę na kompleksową obsługę prawną, a inny – na obsługę prawną z określonej dziedziny, nie świadczy o tym, że dany sposób nabywania doświadczenia w ramach tego rodzaju usług jest nieprawidłowy.

Na zakończenie należy też wyraźnie podkreślić, że wykładnia prezentowana przez Zamawiającego stoi w oczywistej sprzeczności z literalną treścią warunku, w którym zastrzeżono wymaganie wykonania referencyjnego zamówienia o wartości nie niższej niż 100.000,00 zł brutto „związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych”, a nie „wyłącznie z zakresu zamówień publicznych”. Tym samym zamówienie o takiej wartości, w ramach którego realizowana była kompleksowa pomoc prawna podmiotu prowadzącego działalność leczniczą, w tym (również kompleksowa) pomoc prawna - z zakresu zamówień publicznych, spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

Jak zostało powyżej wywiedzione doświadczenie, które posiada Odwołujący i przedstawione w ofercie potwierdza, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, a tym samym jego oferta nie powinna polegać odrzuceniu.

3. Zaniechanie wezwania – zarzut ewentualny

Na marginesie i wyłącznie z ostrożności procesowej w uzasadnieniu zarzutu ewentualnego należy też dodać, że nawet w wypadku uznania, że przedstawione doświadczenie Wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (czy to w zakresie doświadczenia wykonawcy czy osób skierowanych do wykonania zamówienia) Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do złożenia takich Wykazów na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a bez takiego, uprzedniego wezwania, nie był uprawniony do odrzucenia oferty Wykonawcy.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Kancelarii Prawniczej J.W. jako najkorzystniejszej,
- 3) dalszego prowadzenia postępowania, w tym badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu,
- 4) w przypadku uwzględnienia odwołania wyłącznie w zakresie zarzutu ewentualnego - unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty Kancelarii Prawniczej J.W. jako najkorzystniejszej oraz dalszego prowadzenia postępowania, w tym badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wezwania odwołującego do złożenia poprawionych wykazów osób i usług.

Pismami z dnia 23.06.2022 r. i 24.06.2022 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- 1) Kancelaria Radcy Prawnego R.F., Al. Jerozolimskie 11/19 lok. 12, 00-508 Warszawa – wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- 2) Kancelaria Prawnicza J.W., ul. Łukowska 30 lok. 134, 04-133 Warszawa (dalej: „przystępujący Kancelaria W.”) – wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 01.07.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący Kancelaria Wojciechowski podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień

publicznych.

W pkt 4 rozdziału 10 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) zamawiający wskazał warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą,
- b) dysponuje osobą/osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi tytuł zawodowy radcy prawnego lub adwokata i wpisanymi na listę Okręgowej Izby Radców Prawnych lub Okręgowej Rady Adwokackiej lub prawników zagranicznych, posiadającymi minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą, która/e zostaną skierowane do realizacji zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę wraz z wykazem osób i wykazem usług.

W wykazie osób odwołujący wskazał 5 osób, w tym m.in. Pana W.S. – radcę prawnego i Panią M.K.-B. – adwokat. Dla każdej z tych osób wskazano jako doświadczenie 2 usługi wykonywane na rzecz podmiotów leczniczych w Kaliszu i w Sosnowcu, a okres doświadczenia określono jako: „Pow. 3 lat (z okresem aplikacji)”.

W wykazie usług odwołujący wskazał usługi wykonywane dla 2 podmiotów leczniczych w Kaliszu i we Wrocławiu o wartości ok. 374.000 zł i ok. 294.000 zł. W opisie każdej z ww. usług odwołujący wskazał: „Bieżąca, kompleksowa obsługa prawna (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe)”.

Pismem z dnia 07.06.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień:

„(...) Wykonawca w załączniku nr 6 do SWZ — Wykaz usług, w kolumnie opis zamówienia — usług wykonywanych przez Wykonawcę, wpisał: bieżąca, kompleksowa obsługa prawna (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe), co nie potwierdza wymogu Zamawiającego zawartego w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ, tj. świadczenia pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych. Wnosimy zatem o wyjaśnienie czy wykonane zamówienia dotyczyły zakresu wskazanego i wymaganego przez Zamawiającego oraz wskazanie wartości świadczonych usług w zakresie zamówień publicznych. (...)

Wykonawca w załączniku nr 7 do SWZ — Wykaz osób, w kolumnie zakres wykonywanych

czynności, wpisał: pełny zakres, co nie potwierdza wymogu Zamawiającego zawartego w pkt 10 ppkt. 4 lit. b SWZ, tj. świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą. Wnosimy zatem o wyjaśnienie, czy wykonane zamówienia dotyczyły zakresu wskazanego i wymaganego przez Zamawiającego. (...)"

Pismem z dnia 13.06.2022 r. odwołujący udzielił wyjaśnień:

„1) W treści wykazu usług zostały wskazane podmioty prowadzące działalność leczniczą, na rzecz których Kancelaria świadczyła kompleksową pomoc prawną, która ze swej istoty obejmowała także pomoc prawną z zakresu zamówień publicznych, a tym samym obejmowała zakres wskazany i wymagany przez Zamawiającego. W konsekwencji wskazane usługi spełniają warunek udziału zawarty w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ. Wartości zamówień zostały zawarte w treści wykazu usług w stosownej kolumnie.

2) Potwierdzam, że Kancelaria dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. spełniającymi wymogi Zamawiającego zawarte w pkt 10 ppkt 4 lit. b SWZ i świadczyły pomoc prawną w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą, tj. w zakresie wskazanym i wymaganym przez Zamawiającego.”

Pismem z dnia 15.06.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Kancelaria W. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności:

„I. (...) Z treści oświadczenia złożonego przez Wykonawcę wynika, że do realizacji zamówienia publicznego zostali skierowani m.in. W.S. i M.K.-B.. Analiza dołączonych dokumentów wskazuje, że W.S. został wpisany na listę radców prawnych Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie dnia 20 sierpnia 2020 roku, natomiast M.K.-B. na listę ORA Warszawie dnia 15.07.2021 roku. Ponadto Wykonawca wprost w wykazie — Wykaz osób wskazał w tabeli „łączny okres doświadczenia” pow. 3 lat (łącznie z okresem aplikacji).

Powyższe oznacza, że 2 z 5 osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia nie spełnia minimalnych warunków określonych przez Zamawiającego, tj. nie posiadają minimum 3 letniego doświadczenia zawodowego radcy prawnego/adwokata związanego ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą.

Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 6.07.1084 0 radcach prawnych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1 166) Wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, natomiast zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o radcach prawnych celem aplikacji radcowskiej jest przygotowanie aplikanta do należytego i samodzielnego wykonywania zawodu radcy

prawnego, w szczególności wykształcenie umiejętności z zakresu zastępstwa procesowego, sporządzania pism, umów i opinii prawnych oraz przyswojenie zasad wykonywania zawodu.

Podobne uregulowanie znajduje się w art. 4 ust. 1 oraz art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2022 r. poz. 1 184) (...)

Powyższe wprost wskazuje, że doświadczenie w pracy jako aplikant radcowski/adwokacki nie może zostać uwzględnione przez zamawiającego również z tego powodu, iż aplikanci nie mają prawa świadczenia pomocy prawnej, a czynności przez nich podejmowane mają na celu wyłącznie przygotowanie do należytego i samodzielnego zawodu.

Tym samym pomoc prawna świadczona przez W.S. i M.K.-B. nie obejmuje 3 lat, i w związku z tym wykonawca nie spełnia warunku o którym mowa w pkt. 10 ppkt. 4 lit. b SWZ.

Wyłącznie z ostrożności, uprzedzając ewentualny zarzut. w przedmiotowej sprawie należy również wskazać, że zamawiający nie ma prawa ingerowania w treść złożonego przez wykonawcę oświadczenia o osobach skierowanych do wykonania zamówienia, złożonego jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. arbitralnego uznania, że tylko 3 z 5 osób będą wykonywały przedmiotowe zamówienie. Złożony dokument wraz z dokumentami potwierdzającymi prawo wykonywania zawodu radcy prawnego/adwokat, należy oceniać całościowo.

II. Wykaz złożony przez Wykonawcę zgodnie z wzorem nr 6 do SWZ, celem wykazania spełnienia warunku o którym mowa w pkt. 10 ppkt. 4 lit. 4 obejmuje m.in. na następujące informacje:

LP. 1 - Wartość zamówienia - 373 944,60 zł: opis zamówienia - usług wykonywanych przez Wykonawcę - bieżąca kompleksowa obsługa prawna (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe),

LP. 2 - Wartość zamówienia - 293 901,12 zł: opis zamówienia - usług wykonywanych przez Wykonawcę - bieżąca kompleksowa obsługa prawna (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe) (okres od 22.06.2015-22.06.2019).

Zamawiający pismem z dnia 7.06.2022 wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie opisanym w ww. piśmie. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, wskazał m.in. iż: *W treści wykazu usług zostały wskazane podmioty prowadzące działalność leczniczą, na rzecz których Kancelaria świadczyła kompleksową pomoc prawną, która ze swej istoty obejmowała także pomoc prawną zakresu zamówień publicznych, a tym samym obejmowała zakres wskazany i wymagany przez Zamawiającego. W konsekwencji wskazane usługi spełniają warunek udziału zawarty w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ. Wartości zamówień zostały zawarte w treści wykazu usług w stosownej kolumnie.*

Analiza treści oświadczeń wykonawcy wskazuje, że pomoc prawna obejmowała kompleksową obsługę prawną, w tym również zastępstwo prawne. Wbrew twierdzeniom

Wykonawcy, nie zawsze „istota” pomocy prawnej w podmiotach leczniczych o różnorodnej strukturze działalności obejmuje swoim zakresem pomoc prawną z zakresu zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę profil działalności podmiotów leczniczych i postępującą specjalizację w świadczeniu pomocy prawnej, zakres pomocy prawnej obejmuje też m.in. prawo medyczne, prawo spółek handlowych, prawo gospodarcze, prawo procesowe.

Zamawiający, Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o. przeprowadza około 100 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego rocznie, w tym zamówienia przekraczające kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią ponad 90% postępowań. W wyniku tych postępowań zawiera ponad 300 umów z Wykonawcami. Ponadto realizuje zamówienia na umowy w ramach dotacji z Województwem Mazowieckim, Ministerstwem Zdrowia, Ministerstwem Sprawiedliwości oraz projekty współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Tym samym, istotne z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, było wykazanie przez Wykonawców, że wykonali co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą. Wymagana wartość i zakres umowy jest bardzo istotne z punktu widzenia zapewnienia zamawiającemu wykonanie zamówienia na odpowiednim, uzasadnionym poziomie. Podkreślenia wymaga, że warunek określony przez Zamawiającego nie dotyczył kompleksowej obsługi prawnej podmiotu leczniczego.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie wykazał, że umowa w zakresie wartości co najmniej 100 000 zł brutto obejmowała świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych. Wykonawca nie podjął nawet próby określenia jaki udział, wartościowy czy też godzinowy, w świadczeniu pomocy prawnej na rzecz wskazanych podmiotów leczniczych obejmowało doradztwo w zakresie zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres świadczenia przez Wykonawcę pomocy prawnej na rzecz wskazanych podmiotów (kompleksowa obsługa prawna i zastępstwo procesowe), Zamawiający nie może uznać warunku, o którym mowa w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ za spełniony. (...)”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niespełnienia warunku w zakresie doświadczenia personelu, po pierwsze, należy zauważyć, że w opisie warunku zamawiający użył sformułowania: „dysponuje osobą / osobami”. Oznacza to, że zamawiający dopuścił, aby wykonawcy wskazali na potrzeby spełnienia ww. warunku tylko jedną osobę. Odwołujący wskazał w wykazie pięć osób, spośród których zamawiający kwestionuje doświadczenie jedynie dwóch. Tym samym zamawiający nie zgłasza zastrzeżeń do pozostałych trzech osób wymienionych w wykazie osób. Skoro zatem do wykazania spełnienia warunku wystarczające było wskazanie jednej osoby z wymaganymi kwalifikacjami, a odwołujący wskazał co najmniej trzy takie osoby (niekwestionowane przez zamawiającego), to już tylko ten fakt przesądza o tym, że oferta odwołującego została niezasadnie odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Na powyższe nie wpływa to, że doświadczenie osób wskazanych w wykazie osób podlegało także ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Kryteria były zresztą określone

w taki sposób, że w praktyce w przypadku oferty odwołującego, doświadczenie kwestionowanych przez zamawiającego osób i tak nie musiało być brane pod uwagę, gdyż do uzyskania punktacji wystarczyło doświadczenie dwóch innych osób wpisanych do wykazu, w zakresie których zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń. Ponadto warunek był opisany jasno: wystarczające było wskazanie jednej osoby w celu jego spełnienia. Zatem bez względu na kwestię przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert, wskazanie przez odwołującego co najmniej trzech osób, których doświadczenia zamawiający nie kwestionuje, skutkuje koniecznością stwierdzenia, że odwołujący wykazał spełnienie tego warunku z nawiązką.

Po drugie, należy zgodzić się z odwołującym, że czym innym jest doświadczenie danej osoby, a czym innym – wpis tej osoby na listę radców prawnych lub adwokatów. Doświadczenie w danym zakresie można nabywać także przed wpisem na którąś z ww. list, zwłaszcza że np. w dziedzinie zamówień publicznych nie obowiązuje co do zasady przymus adwokacko-radcowski. Przede wszystkim jednak należy zauważyć, że w opisie warunku zamawiający w żaden sposób nie wskazał, że wymagana przez niego ilość lat doświadczenia będzie liczona od wpisu danej osoby na listę adwokatów czy radców prawnych. W szczególności zamawiający nie posłużył się takimi sformułowaniami jak przykładowo: „posiadającymi minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku radcy prawnego lub adwokata”, „posiadającymi minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe liczone od wpisu na listę radców prawnych lub adwokatów”, „posiadającymi jako radca prawny lub adwokat minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe”. W opisie warunku zamawiający osobno wskazał na wymóg posiadania wpisu na którąś z ww. list i osobno na wymóg posiadania 3-letniego doświadczenia związanego ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą. Żaden fragment ww. warunku nie wskazuje na to, by wymagane doświadczenie musiało być nabyte dopiero po wpisie danej osoby na listę adwokatów czy radców prawnych. Oznacza to, że w świetle postawionego w tym postępowaniu warunku dotyczącego personelu wykonawcy, ilość lat doświadczenia nabytego przez mec. M.K.-B. i mec. W.S. także w trakcie aplikacji, jest zgodna z tym warunkiem. Odwołujący wykazał zatem spełnienie warunku również w zakresie ww. osób i jego oferta nie podlegała w związku z tym odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń, Izba uwzględniła odwołanie w ww. zakresie i nakazała zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niespełnienia warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunek wyraźnie odnosił się do jednego zamówienia o wartości nie niższej niż 100.000,00 złotych brutto w zakresie związanym ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych. Tym samym z warunku wynika, że wymagana wartość 100 tys. zł dotyczyła konkretnie świadczenia pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał w wykazie usług dwie usługi o wartości ok. 374 tys. zł i ok. 294 tys. zł opisując je jako kompleksową obsługę prawną, co potwierdza treść dołączonych referencji. W związku z tym, że w wykazie usług nie wskazano, jaka była wartość tych usług w zakresie obsługi prawnej dotyczącej tylko zamówień publicznych, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W odpowiedzi odwołujący stwierdził, że: „Wartości zamówień zostały zawarte w treści wykazu usług w stosownej kolumnie”. Tym samym odwołujący w istocie nie udzielił odpowiedzi na pytanie zamawiającego, ponieważ w wykazie usług wskazano jedynie wartość dla kompleksowej obsługi prawnej, a nie dla obsługi w zakresie zamówień publicznych.

Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że zawarte w jego wyjaśnieniach zdanie o treści: „W konsekwencji wskazane usługi spełniają warunek udziału zawarty w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ”, wskazuje na potwierdzenie, że obsługa w zakresie zamówień publicznych miała wartość co najmniej 100 tys. zł. Po pierwsze, w zdaniu tym nie ma mowy o wartości, więc nic nie świadczy o tym, że właśnie wartość usług w jakimkolwiek zakresie została w nim potwierdzona. Po drugie, zdanie to zaczyna się od słów: „W konsekwencji...”. W wezwaniu skierowanym w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający pytał też bowiem odwołującego o zakres wymienionych usług („...czy wykonane zamówienia dotyczyły zakresu wskazanego i wymaganego przez Zamawiającego...”). Zatem cały fragment wyjaśnień odwołującego o treści: „W treści wykazu usług zostały wskazane podmioty prowadzące działalność leczniczą, na rzecz których Kancelaria świadczyła kompleksową pomoc prawną, która ze swej istoty obejmowała także pomoc prawną z zakresu zamówień publicznych, a tym samym obejmowała zakres wskazany i wymagany przez Zamawiającego. W konsekwencji wskazane usługi spełniają warunek udziału zawarty w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ.”, należy rozumieć w ten sposób, że zdanie zaczynające się od słów: „W konsekwencji...” dotyczy potwierdzenia zakresu wskazanych usług zgodnego z zakresem wymaganym przez zamawiającego, nie zaś potwierdzenia wartości tych usług. Do kwestii wartości odnosi się dopiero ostatnie zdanie w tej części wyjaśnień odwołującego, tj. cytowane już wyżej zdanie: „Wartości zamówień zostały zawarte w treści wykazu usług w stosownej kolumnie”, które, jak też już wyżej wskazano, w istocie nie zawiera żadnego wyjaśnienia. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, jakoby w zdaniu zaczynającym się od słów:

„W konsekwencji ...” potwierdził on, że skoro spełnia warunek, to wartość usług w zakresie zamówień publicznych wynosi co najmniej 100 tys. zł.

Izba nie uznała też za przekonujące argumentów odwołującego, zgodnie z którymi nie był on w stanie wskazać, jaką konkretnie część wynagrodzenia ryczałtowego otrzymywał za obsługę w zakresie zamówień publicznych. W opisie warunku zamawiający wyraźnie wymagał usługi o wartości co najmniej 100 tys. zł dotyczącej obsługi w zakresie zamówień publicznych, więc wykonawca musi tak sformułowany warunek spełnić. Jeżeli nie jest możliwe podanie konkretnej kwoty w tym zakresie, ale wykonywana usługa w większości dotyczyła obsługi prawnej w zakresie zamówień publicznych, to właśnie takie wyjaśnienia wraz z podaniem np. ogólnej informacji: „ponad 100.000 zł”, odwołujący powinien był złożyć. Tymczasem odwołujący ograniczył się do powołania się na treść wykazu usług.

W efekcie, jak wynika z powyższych ustaleń, odwołujący nie wykazał w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, że spełnia warunek dotyczący doświadczenia w zakresie odnoszącym się do wartości wymienionych usług.

W tym miejscu należy jednakże wskazać, że w sytuacji stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca nie spełnia albo nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający nie może co do zasady od razu odrzucić jego oferty. Zamawiający ma bowiem obowiązek najpierw wezwać wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (z zastrzeżeniem wyjątków wskazanych w tym przepisie) do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. W ramach takiego uzupełnienia wykonawcy mogą np. uzupełnić informacje w złożonym dotychczas wykazie lub złożyć wykaz z nowymi usługami. Dopiero w przypadku niezłożenia, niepoprawienia lub nieuzupełnienia przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów w sposób potwierdzający, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie zamawiający zaniechał wezwania odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług, co potwierdza dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego i oświadczenie samego odwołującego. Zaniechanie to stanowi naruszenie przez zamawiającego ww. przepisu i czyni odrzucenie jego oferty z powodu niewykazania spełnienia ww. warunku, przedwczesnym.

Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, wezwanie odwołującego do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Jednocześnie odnosząc się do oświadczenia odwołującego co do wartości usług w zakresie zamówień publicznych, należy zauważyć, że wyjaśnienia dotyczące tej kwestii powinny zostać złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.06.2022 r. Z kolei odnosząc się do złożonego przez odwołującego na rozprawie dowodu w postaci listu referencyjnego ze Szpitala Wojewódzkiego w Łomży, należy wskazać, że rolą zamawiającego jest dokonywanie oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert i Izba nie może zastępować zamawiającego w tej roli w oparciu o dokumenty nieznanne wcześniej zamawiającemu. Zatem po wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący będzie mógł złożyć stosowne oświadczenia i dokumenty zamawiającemu, którego obowiązkiem będzie ich analiza i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, złożone dowody, stanowiska stron i przystępującego Kancelaria W. przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący