

Sygn. akt: KIO 2494/11

WYROK
z dnia 30 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Platanowa 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34,**

przy udziale wykonawcy **Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło & Topolewski Sp. k., 61-485 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. 231/239** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Platanowa 15** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Platanowa 15** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Platanowa 15** na rzecz **Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. L. Bierkowskiego w Poznaniu, ul. Dojazd 34, 60-631 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Obsługę prawną szpitala*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dnia 18 listopada 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która złożona została przez Kancelarię Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło & Topolewski Spółka Komandytowa, ul. 28 czerwca 1956 r. 231/239; 61-485 Poznań oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Platanowa 15, 62-200 Gniezno.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Platanowa 15, 62-200 Gniezno (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 21 listopada 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych - poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2011 r. i odrzucenie oferty Odwołującego z powodu okoliczności, które mogłyby uzasadnić jedynie wykluczenie wykonawcy,
- naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego,
- naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez odstąpienie od czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i bezpodstawne przyjęcie, iż zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności, poprzez unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu wykonania czynności ponownej oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego,
- 2) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, iż zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp wynika z faktycznego niewykonania wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 17 października 2011 r. i odrzucenie oferty Odwołującego z powodu okoliczności, które mogłyby uzasadnić jedynie wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Odwołujący bowiem posiada uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie świadczenia usług prawniczej. Powyższa okoliczność została potwierdzona wymaganym przez zamawiającego odpisem Krajowego Rejestru Sądowego. W trakcie pierwotnie postępowania rejestracyjnego, a także w trakcie postępowania w sprawie aktualizacji kodów działalności gospodarczej zakończonego wpisem z dnia 28 kwietnia 2011 r., sąd rejestrowy każdorazowo badał prawną możliwość wykonywania przez tego przedsiębiorcę działalności gospodarczej w zakresie kodu określonego we wniosków o dokonanie wpisów. W przypadku Odwołującego sąd przesądził dwukrotnie możliwość wykonywania przez nią działalności gospodarczej w ramach kodu działalności prawniczej.

Powyższe skutkuje przyjęciem uzasadnionego wniosku, iż Odwołujący mógł złożyć ofertę na świadczenie usług prawniczych.

Ponadto, w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający przyjął, iż zakres jego zamówienia dotyczy tylko czynności adwokata i radcy prawnego, którzy w ocenie zamawiającego w przypadku odrzuconej oferty w ocenie zamawiającego osoby w niej wskazane wykonują zawód w ramach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Stanowisko Zamawiającego, zdaniem Odwołującego było bezpodstawne i prawnie nieuzasadnione.

Zakres czynności określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest tak szeroki, iż obejmuje on także czynności, do których wykonawca w swoich biurach w Gnieźnie i Poznaniu nie musi angażować adwokata i radcy prawnego, a do których może wykorzystywać osoby niemające w/w tytułów zawodowych. Co więcej nawet zamawiający wskazał, iż wykonawca może działać poprzez adwokatów i radców prawnych, a także poprzez aplikantów, którzy przecież nie wykonują zawodu radcy prawnego i adwokata. W samej treści siwz więc zamawiający zastrzegł minimalny udział adwokata i radcy prawnego w wykonywaniu zamówienia, pozostawiając wykonawcy decyzję w sprawie sposobu zorganizowania jak najlepszego wykonania usługi.

Żaden z dokumentów zgromadzonych w aktach prowadzonego przez zamawiającego postępowania nie uzasadnia stanowiska, iż osoby wskazane w załącznikach do oferty spółki Odwołującego wykonują zawód radcy prawnego poprzez tą spółkę. Podstawą dysponowania osobami wskazanymi przez Odwołującego był art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp wynika z odstąpienia przez zamawiającego od czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i bezpodstawne przyjęcie, iż zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego. Stanowisko zamawiającego dot. wykonywania zawodu radcy prawnego w formie spółki Leśny i

Wspólnicy przez osoby, które złożyły oświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b pzp nie wynika z akt postępowania.

Zamawiający, kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 22 listopada 2011 roku.

Dnia 25 listopada 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło & Topolewski Spółka Komandytowa, ul. 28 czerwca 1956 r. 231/239; 61-485 Poznań.

Zamawiający, pismem z dnia 23 listopada 2011 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący, pismem z dnia 28 listopada 2011 roku złożył pismo procesowe – uzupełnienie odwołania wraz z wnioskiem o włączenie w poczet materiału dowodnego dokumentów załączonych do przedmiotowego pisma.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych, jak i podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła dowodów zgłoszonych przez Odwołującego w postaci Informacji o liczbie przyznanych punktów w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Oborniki Śląskie z dnia 4 lipca 2011 r. oraz Informacji o ofertach złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Inowrocław, gdyż informacje zawarte w powyższych dokumentach dotyczą innych postępowań i świadczą jedynie o fakcie złożenia wniosku i oferty przez Odwołującego w innych postępowaniach prowadzonych przez innych Zamawiających. Podkreślić należy, że dowody powyższe nie wnoszą do przedmiotowego postępowania żadnych nowych okoliczności, które świadczyłyby na rzecz Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów stwierdzić należy, iż Odwołujący pozostaje w błędzie konstruując twierdzenie, o które opiera zarzut, iż Zamawiający nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2142/11. Izba w przytoczonym orzeczeniu uwzględniła odwołanie i unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego i nakazała ponowną ocenę jego oferty. Izba wydając rzeczony wyrok wskazała na nieprawidłowości Zamawiającego w dokonywaniu czynności oceny wykonawcy Odwołującego się w zakresie błędnej interpretacji dokumentów przedłożonych przez wykonawcę dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wykonał wyrok KIO z dnia 17 października 2011 roku, co dało swój wyraz w informacji o wyniku prowadzonego postępowania z dnia 18 listopada 2011 roku, w której Zamawiający nie wskazywał na okoliczności skutkujące wykluczeniem Odwołującego z przedmiotowego postępowania, co oznacza, iż uwzględnił wszystkie nakazy interpretacyjne, jakie poczyniła Izba wydając wyrok o sygn. akt KIO 2142/11. Tym samym Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny.

Powyższe ustalenia wskazują tym samym na fakt, iż zarzut Nr 3 dotyczący naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezzasadny, gdyż Zamawiający uznając, iż brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania nie był zobowiązany korzystać z procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp uznając, iż treść złożonych przez Odwołującego dokumentów nie budzi żadnych wątpliwości i w powyższym zakresie nie są konieczne żadne wyjaśnienia.

Odnosząc się do zarzutu Nr 2, dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba w całości popiera stanowisko Zamawiającego, uznając je za własne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez Zamawiającego wynikał zarówno zakres czynności, jak zasób osobowy konieczny do wykonywania przedmiotu zamówienia. Na szczególną uwagę zasługuje postanowienie pkt III.2. s.i.w.z. oraz wzoru umowy, które stanowi, iż „Wykonawca zobowiązany będzie do

wykonywania usługi w siedzibie Zamawiającego cztery razy w tygodniu: 1) 2 razy w tygodniu od godz. 9.00 do 14.00 – przez aplikanta lub radcę prawnego lub adwokata, 2) 2 razy w tygodniu od godz. 9.00 do 11.00 – przez radcę prawnego albo adwokata. Powyższe oznacza, iż czynności wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia wykonywane będą przez radców prawnych lub adwokatów, czyli osoby posiadające do takich czynności stosowne kwalifikacje zawodowe lub aplikantów, którzy wykonują czynności na podstawie stosownych upoważnień, a ich umocowanie wynika zatem z umocowania osób posiadających takie uprawnienia (stosowne kwalifikacje).

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce: cywilnej lub jawnej (...), partnerskiej (...), komandytowej lub komandytowo-akcyjnej (...), natomiast zgodnie z przepisem art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku prawo o adwokaturze, adwokat wykonuje zawód w kancelarii adwokackiej, w zespole adwokackim oraz w spółce: cywilnej lub jawnej (...), partnerskiej (...), komandytowej lub komandytowo-akcyjnej (...).

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykluczył możliwość wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców. Powyższe oznacza, że wszystkie osoby uczestniczące w realizacji przedmiotu zamówienia „obsługi prawnej” mają ją świadczyć w imieniu i na rzecz wykonawcy – pod jego szyldem. Radcy prawni (adwokaci), którzy mają wykonywać obsługę prawną Zamawiającego będą wykonywać te czynności (zawód radcy prawnego lub adwokata) w ramach wykonawcy, z którym Zamawiający podpisze umowę. Odwołujący działa w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która to forma prawna uniemożliwia wykonywanie zawodu radcy prawnego lub adwokata, gdyż sprzeczne byłoby to z powyżej przytoczonymi przepisami ustaw o radcach prawnych i prawa o adwokaturze. W przypadku wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, to właśnie Odwołujący byłby jedynym wykonawcą umowy z wykonywania, której przysługiwałoby Odwołującemu wynagrodzenie. Wszystkie czynności związane z obsługą prawną Zamawiającego wykonywane byłyby przez spółkę z o.o., ponieważ wszystkie osoby uczestniczące w realizacji umowy występowałyby wobec Zamawiającego oraz podmiotów trzecich w ramach firmy Leśny i wspólnicy sp. z o.o. i pod jej nazwą. Wykonywanie obsługi prawnej przez radców prawnych lub adwokatów w formie innych podmiotów byłoby niezgodne z s.i.w.z. i ofertą Odwołującego, ze względu na brak podwykonawców i konsorcjantów, na co Odwołujący wyraził zgodę składając przedmiotową ofertę.

Powyższe oznacza, iż oferta złożona przez Odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W przedmiotowym postępowaniu nieważność złożonej oferty polega na jej sprzeczności z przepisami ustawy o radcach prawnych oraz ustawy prawo o adwokaturze.

Wskazać należy, iż powyższe stanowisko potwierdził również wicedziekan Rady Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu, w piśmie z dnia 2 listopada 2011 roku, gdzie zostało stwierdzone, iż brak jest możliwości wykonywania zawodu przez radcę prawnego w formie spółki kapitałowej.

Powyższe ustalenia znajdują swoje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych. Wskazać należy na orzeczenie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20 kwietnia 2007 roku, który stwierdził, iż posłużenie się przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością przy wykonywaniu usługi prawnej radcą prawnym zatrudnionym przez nią na podstawie umowy o pracę lub umowy zlecenia nie zmieniałoby tego, że stroną umowy o świadczenie pomocy prawnej byłaby ta spółka (LEX Nr 475438).

Oddalając skargę kasacyjną od powyższego wyroku, analogicznie także zakaz ten zinterpretował Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 28 lutego 2008 roku, sygn. akt III CSK 245/07 stwierdził, że posłużenie się przez spółkę kapitałową przy wykonywaniu zleconej jej usługi prawnej zatrudnionym w niej radcą prawnym nie usunęłoby tego niedającego się pogodzić z art. 8 ust. 1 u.r.p. (ustawy o radcach prawnych) skutku, że stroną umowy o świadczenie pomocy prawnej byłaby ta spółka.

Podnoszony przez Odwołującego argument, iż ma prawo świadczyć usługi prawnicze, gdyż kod takiej usługi został podany do sądu rejestrowego dwukrotnie i sąd przesądził o możliwości wykonywania przez Odwołującego działalności gospodarczej w ramach kodu działalności prawniczej pozostaje, w ocenie Izby bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Wskazać bowiem należy na aspekt działalności odrębnie regulowanej, co do której wymagane jest legitymowanie się stosownymi kwalifikacjami zawodowymi, co w odniesieniu do szeroko pojętego świadczenia usług prawniczych pozwala na przyjęcie stanowiska, popartego odpowiednimi przepisami prawa, iż nie dla wszystkich czynności związanych z szeroko rozumianą pomocą prawną konieczne jest posiadanie uprawnień radcy prawnego lub adwokata, np. reprezentacja podmiotów w sprawach z zakresu prawa administracyjnego.

Niemniej w przedmiotowym postępowaniu zachodzi okoliczność, z której wynika obowiązek świadczenia przedmiotowej usługi przez podmioty posiadające w tym zakresie stosowne uprawnienia w sposób zorganizowanej firmy dopuszczonej obowiązującymi przepisami prawa. Tym samym forma prowadzonej przez Odwołującego działalności prawnej nie pozwala na uznanie, usługa świadczona będzie w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa o radcach prawnych i adwokaturze, co konstytuuje stanowisko Zamawiającego za zasadne.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne i dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: