

Sygn. akt: KIO 3481/22

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez **wykonawcę M. P. i Partnerzy Radcowie Prawni spółka partnerska z siedzibą w Olsztynie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie**

przy udziale **wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego M. B. z siedzibą w Elku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców D. P. oraz A. S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radców Prawnych P. i S. s.c. z siedzibą w Olsztynie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego z pkt I.1 lit. b-e, z pkt I.2 oraz z pkt I.3 lit. a-e odwołania.**
- 2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
 - 2.1. wykreślenie w pkt V 1.4. lit. a) SWZ dotyczącym warunku udziału w postępowaniu sformułowania „w tym” oraz nakazuje jednoznaczne opisanie poszczególnych stawianych w postępowaniu warunków udziału,**
 - 2.2. zmianę wartości przedmiotu sporu opisaną w warunku udziału w postępowaniu z pkt V 1.4. lit. a) kropka pierwsza SWZ poprzez użycie określenia: „w których wartość przedmiotu sporu przewyższała siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych.”**

2.3. **wykreślenie postanowienia § 8 ust. 2 wzoru umowy bądź jego zmianę, poprzez jednoznaczne zdefiniowanie powodów uprawniających strony do rozwiązania umowy wraz ze wskazaniem minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron**

oraz uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentach zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. P. i Partnerzy Radcowie Prawni spółka partnerska z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie na rzecz wykonawcy M. P. i Partnerzy Radcowie Prawni spółka partnerska z siedzibą w Olsztynie kwotę 12 072 zł 34 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemdziesiąt dwa złote trzydzieści cztery grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów noclegu.

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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Obsługa prawna bieżącej działalności Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie*”, nr postępowania: DZP-382-70/22. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 grudnia 2022 r., za numerem 2022/BZP 00511682/01.

W dniu 27 grudnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca M. P. i Partnerzy Radcowie Prawni spółka partnerska z siedzibą w Olsztynie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, ogłoszenia oraz postanowień wzoru umowy:

1) określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez wskazanie, że udział w postępowaniu mogą wziąć jedynie wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie należycie wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie lecznictwa szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łózkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000 zł w tym:

a) reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł;

b) reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania,

dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;

c) reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach;

d) reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych - w co najmniej 5 sprawach;

e) świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalnoprawnym projektu umowy obadania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

2) określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez wskazanie, że udział w postępowaniu mogą wziąć jedynie wykonawcy, którzy wykażą że dysponują co najmniej 4 osobami (włącznie z wykonawcą), które będą gotowe uczestniczyć w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, z których co najmniej 3 osoby posiadają wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych lub ustawą z dnia 25 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, a jedna co najmniej posiada tytuł magistra prawa oraz jest wpisana na listę aplikantów radcowskich lub adwokackich, od co najmniej 6 miesięcy.

3) wskazania w treści umowy zapisów utrudniających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców tj.:

a) § 2 ust. 6 wzoru umowy, który nakłada obowiązek przedstawienia polisy na warunkach nie gorszych jak poprzednia;

b) § 2 ust. 9 wzoru umowy, który nakłada na wykonawców obowiązek stosowania wewnętrznych regulacji obowiązujących u zamawiającego;

c) § 6 ust. 10 wzoru umowy, który wskazuje, iż błędnie wystawiona faktura spowoduje naliczenie nowego terminu płatności nie definiując co oznacza „błędnie wystawiona”;

d) § 7 ust. 1 (in fine) wzoru umowy, zgodnie z którym maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wynosi 5% wartości umowy w momencie jej zawarcia;

e) § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, zgodnie z którym maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia jaką zamawiający dopuszcza nie może przekroczyć 6% niezrealizowanej wartości umowy netto;

f) § 8 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym strony mają prawo rozwiązać umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia bez podawania przyczyny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej niezgodnie z przepisami ustawy, co w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

2. art. 353(1) k.c. oraz art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy pzp i 16 pkt 1 i 3 i art. 8 ust. 1 oraz art. 433 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej i wprowadzenie postanowień uniemożliwiających należyłą wycenę zamówienia oraz pozwalających na dowolność w zakresie rozwiązania umowy ze strony Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia oraz SWZ polegających na:

1) zmianie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy poprzez:

a. nakazanie wykreślenia z warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy sformułowania „w tym”;

b. nakazanie wykreślenia z warunku dotyczącego reprezentowania podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach

administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej zwrotu o treści: „w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł”;

c. nakazanie wykreślenia warunku udziału w części dotyczącej reprezentowania podmiotu leczniczego przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;

d. nakazanie wykreślenia warunku udziału dotyczącego reprezentowania podmiotu leczniczego przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach;

e. nakazanie zmiany warunku udziału dotyczącego reprezentowania osób fizycznych, osób prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmiotów leczniczych przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych - w co najmniej 5 sprawach na 2 sprawy;

f. nakazanie wykreślenia warunku dotyczącego świadczenia usług po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegających na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy obadania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne);

g. nakazanie zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia poprzez wskazanie, że warunek udziału w postępowaniu zostanie spełniony również w przypadku skierowania do realizacji 4 osób posiadających uprawnienia radcy prawnego w rozumieniu ustawy o radcach prawnych lub adwokata w rozumieniu ustawy Prawo o adwokaturze, a nie jedynie w przypadku, gdy jedna z osób jest wpisana na listę aplikantów;

2) zmianie postanowień wzoru umowy poprzez nakazanie:

- a. usunięcia § 2 ust. 6 lub doprecyzowania co oznacza sformułowanie „na warunkach nie gorszych niż poprzednia”;
- b. usunięcia § 2 ust. 9 lub doprecyzowania jakie regulacje obowiązujące u zamawiającego i w jakich przypadkach ma stosować wykonawca;
- c. usunięcia § 6 ust. 9 lub wskazania możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę w przypadku zalegania z płatnościami powyżej 60 dni;
- d. usunięcia § 6 ust. 10 lub doprecyzowania pojęcia „błędnie wystawiona faktura”;
- e. usunięcia z § 7 ust. 1 (in fine) sformułowania, zgodnie z którym maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wynosi 5% wartości umowy w momencie jej zawarcia;
- f. zmiany § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, zgodnie z którym maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia jaką zamawiający dopuszcza nie może przekroczyć 6% niezrealizowanej wartości umowy netto na co najmniej 15%;
- g. wykreślenia § 8 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym strony mają prawo rozwiązać umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia.

Odwołujący uzasadniając zarzut 1 odwołania wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił szereg warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących doświadczenia wykonawcy. Warunki udziału w zakresie doświadczenia winny spełniać dwie przesłanki: być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Proporcjonalność warunku udziału oznacza zakaz ustanawiania warunków wykluczających z postępowania wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty. Jak wskazuje M. Stachowiak: „Pojęciem proporcjonalności w prawie gospodarczym wielokrotnie zajmował się Trybunał Konstytucyjny, kształtując reguły zachowania państwa przy konieczności ingerencji w swobody konstytucyjne. W celu oceny respektowania zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26.03.2007 r., K 29/06, OTK-A 2007/3, poz. 30, wskazał na trzy wytyczne, które w odniesieniu do czynności przy udzielaniu zamówienia publicznego można sformułować następująco: 1) reguły postępowania ustalone przez zamawiającego są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, tj. zaspokojenia potrzeb zamawiającego (zasada przydatności); 2) są one niezbędne do ochrony interesu

zamawiającego (zasada konieczności); 3) ich efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę.” W ocenie Odwołującego treść kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu narusza art. 112 ustawy pzp. Treść warunku udziału w postępowaniu oprócz wskazania ilości łóżek i wartości usługi poprzez użycie sformułowania „w tym” wskazuje na konieczność łącznego spełnienia przez wskazaną usługę kolejnych parametrów zawartych w treści warunku udziału w postępowaniu. Tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu eliminuje z udziału w postępowaniu podmioty, które posiadają ww. doświadczenie - jednak nabyły je podczas wykonywania różnych umów zawartych z różnymi podmiotami leczniczymi (w tym także różnymi podmiotami leczniczymi dysponującymi ponad 200 łóżkami), a nie w ramach 1 usługi wykonanej na rzecz podmiotu leczniczego dysponującego min. 200 łóżkami o wartości zamówienia minimum 100.000 zł. Oznacza to, że nawet w przypadku posiadania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie obsługi podmiotu leczniczego dysponującego 200 łóżkami o wartości usługi co najmniej 100.000 zł, brak wystąpienia w trakcie tej usługi jednego z kolejnych ww. parametrów, będzie powodował wykluczenie wykonawcy. Tak sformułowany warunek nie może być uznany za proporcjonalny. Doświadczenie podmiotów świadczących usługi prawne jest tożsame - niezależnie do tego w ramach ilu umów zostało zdobyte. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, postawienie tak wąskiego warunku udziału narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, ponieważ eliminuje z tego postępowania podmioty, które są w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty.

Odwołujący podniósł, iż warunki jako każdy z osobna naruszają zasadę z art. 112 oraz 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp:

a) reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł.

Tak postawiony warunek udziału eliminuje z postępowania np. wykonawców reprezentujących podmioty lecznicze posiadające umowę z NFZ w więcej niż jednym postępowaniu opartym na lub o wskazane akty prawne jednak wartość przedmiotu sporu żadnego z nich nie przekroczyła 2 000 000 zł. W ocenie Odwołującego wartość przedmiotu sporu nie ma związku z poziomem nabytego doświadczenia w ramach prowadzonych postępowań. Przepisy regulujące zasady finansowania działalności podmiotów leczniczych

są jednakowe niezależnie od wartości przedmiotu sporu. Stąd postawienie takiego warunku eliminuje wykonawców posiadających doświadczenie np. w większej ilości postępowań ale o wartościach nie przekraczających 2 000.000 zł każde, przy czym proceduralne doświadczenie takiego wykonawcy jest większe niż wykonawcy prowadzącego jedno postępowanie o wartości przedmiotu sporu 2.000.000,00 zł;

b) reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach.

Odwołujący wskazał, że prowadzenie procesów cywilnych bez względu na podstawy prawne dochodzenia roszczenia wymaga znajomości przepisów materialnego prawa cywilnego jak również procedury cywilnej, i są to standardowe postępowania sądowe w których uczestniczą profesjonalni pełnomocnicy. Jest to zatem standardowe działanie w ramach bieżącej obsługi prawnej każdego podmiotu. Wskazał, iż doświadczenie w tym zakresie nie warunkuje możliwości należytego wykonania umowy.

c) reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach - uzasadnienie jak w lit b) powyżej.

d) reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych - w co najmniej 5 sprawach.

Tak sformułowany warunek udziału wskazuje, iż w przypadku wykonawcy posiadającego doświadczenie w 2 postępowaniach, nie będzie on w stanie należycie wykonać zamówienia. W ocenie Odwołującego wystarczającym jest, aby potencjalny wykonawca wykazał się dwoma postępowaniami. Jeżeli ma takie doświadczenie - jest w stanie należycie reprezentować klienta w kolejnych.

e) świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy obadania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

Odwołujący wskazał, że warunek (w szczególności jako powiązany z ww. warunkami) eliminuje wszystkie podmioty świadczące obsługę prawną podmiotów leczniczych, które w praktyce nie wykonywały badań klinicznych (pomimo spełnienia wszystkich pozostałych warunków). Podstawy prawne zawierania umów o badania kliniczne wynikają m. in. z ustawy prawo farmaceutyczne oraz Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie Dobrej Praktyki Klinicznej. Opiniowanie projektu umowy o badania kliniczne jest zatem standardowym działaniem w ramach bieżącej obsługi prawnej - porównywalnym z każdym innym rodzajem umowy. Osoba dokonująca takiej weryfikacji bada, czy treść jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie. Mając na uwadze marginalny udział tego rodzaju umów w zakresie działalności Zamawiającego wskazał, iż doświadczenie w tym zakresie nie warunkuje możliwości należytego wykonania umowy.

Odnosnie warunku udziału dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazał, że w obecnym brzmieniu wymaga, aby wykonawca dysponował co najmniej 4 osobami (włącznie z wykonawcą), które będą gotowe uczestniczyć w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, z których co najmniej 3 osoby posiadają wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych lub ustawą z dnia 25 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, a jedna co najmniej posiada tytuł magistra prawa oraz jest wpisana na listę aplikantów radcowskich lub adwokackich. od co najmniej 6 miesięcy. Literalne brzmienie warunku wskazuje, iż potencjalny wykonawca musi dysponować aplikantem radcowskim lub aplikantem adwokackim. W konsekwencji eliminuje wykonawców, którzy dysponują jedynie osobami już posiadającymi tytuł radcy prawnego lub adwokata. W sposób oczywisty eliminuje to z postępowania wykonawców dysponujących lepiej wykwalifikowaną kadrą, co narusza zasadę proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

W zakresie § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, zgodnie z którym maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia jaką zamawiający dopuszcza nie może przekroczyć 6% niezrealizowanej wartości umowy netto wskazał, że zapis w obecnym brzmieniu przy wskaźniku inflacji wynoszącym 17,9% powoduje, że wprowadzona klauzula jest iluzoryczna. W żaden sposób nie przywróci równowagi ekonomicznej umowy, która jest zawierana na 3 lata.

Odnosnie § 8 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo rozwiązać umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia bez podawania przyczyny wskazał, że w doktrynie i orzecznictwie ugruntował się już pogląd, zgodnie z

którym zastrzeżenie na rzecz zamawiającego możliwości rozwiązania umowy bez wskazania konkretnych i zależnych od wykonawcy okoliczności (poza wyjątkami wynikającymi z ustawy) przeczy idei trwałości zobowiązań stron nawiązanych w reżimie ustawy pzp. Tytułem przykładu wskazał na wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r. (KIO 24/14), (który choć wydany pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy pzp zachowuje aktualność) zgodnie z którym *„cechą stosunku obligacyjnego zawianego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia jest jego trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, co jest podyktowane faktem, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki czas, strony umowy pozostaną nią związane. Niezależnie od wszelkich innych okoliczności prawidłowości realizacji kontraktu, czy zaistnienia przesłanek ustawowych z art. 145 ust. 1 p.z.p., które mogą zaważyć na trwałości takiej umowy. Nieuprawnione zawężanie dostępu do zamówienia - poprzez działania zamawiającego bezpośrednio, lub o skutku równoważnym, jak stwarzanie nadmiernego ryzyka podjęcia się danego zamówienia – muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 p.z.p., że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Mogą bowiem mieć wpływ na wynik postępowania, który zawsze jest pochodną ilości złożonych ofert i proponowanych cen za zrealizowanie zamówienia.”* W nowszym orzecznictwie pogląd został zaprezentowany w wyroku z dnia 5 lipca 2021 r. (KIO 1669/21).

W dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu oraz zapisów § 7 ust. 2 pkt 3 i § 8 ust.2 wzoru umowy. Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swoje stanowiska. Ponadto, Zamawiający wskazał, że uwzględnił część odwołania w odniesieniu do wzoru umowy, zgodnie z żądaniem Odwołującego, tj.:

a) usunął: § 2 ust. 9, § 6 ust. 9; § 6 ust.10; § 7 ust. 1 (in fine);

b) doprecyzował § 2 ust. 6 w sposób następujący: *„Wykonawca zobowiązany jest do posiadania przez cały okres realizacji umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 1 500 000,00 zł. Dokument potwierdzający posiadanie umowy ubezpieczenia Wykonawca przedstawi Zamawiającemu najpóźniej w terminie 10 dni*

od daty zawarcia umowy. W przypadku, gdy okres ubezpieczenia kończy się przed zakończeniem umowy Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia na dalszy okres, do dnia zakończenia realizacji Umowy w terminie 10 dni od zakończenia poprzedniej polisy.”

Zamawiający wskazał, że podtrzymał brzmienie § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, a w zakresie § 8 ust. 2 doprecyzował okoliczności wypowiedzenia umowy: „*Strony mogą rozwiązać umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego w przypadku, kiedy dalsza realizacja umowy stanie się dla którejkolwiek ze stron umowy ekonomicznie nieuzasadniona.*” Zamawiający załączył zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia z dnia 30 grudnia 2022 r. wraz z załącznikiem (modyfikacja projektu umowy).

W dniu 11 stycznia 2023 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił dalsze stanowisko w sprawie.

Na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 11 stycznia 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów z pkt I.1 lit. b-e, z pkt I.2 oraz z pkt I.3 lit. a-e odwołania. Odwołujący wskazał, że podtrzymuje zarzut i żądanie usunięcia z warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy sformułowania „w tym”, zarzut i żądanie usunięcia z warunku z pkt V 1.4. lit a) kropka pierwsza SWZ wartości przedmiotu sporu oraz zarzut i żądanie wykreślenia § 8 ust. 2 wzoru umowy.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosili skuteczne przystąpienie:

- wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego M. B. z siedzibą w Ełku,
- wykonawcy D. P. oraz A. S. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radców Prawnych P. i S. s.c. z siedzibą w Olsztynie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego oraz dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp w zakresie zarzutów z pkt I.1 lit. b-e, z pkt I.2 oraz z pkt I.3 lit. a-e odwołania wycofanych przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron, ponieważ oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego wobec wycofanych zarzutów bez konieczności ich rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w odniesieniu do zarzutów wycofanych.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- III Opis przedmiotu zamówienia: „1. Przedmiotem zamówienia jest obsługa prawna bieżącej działalności Szpitala w zakresie realizacji świadczeń opieki zdrowotnej oraz zasad prowadzenia działalności leczniczej ze szczególnym uwzględnieniem niezbędnego zakresu dokumentacji obowiązującej w Szpitalu, praw pacjenta, dokumentacji medycznej, rozliczania świadczeń, w tym m.in.: a) wspieranie w postępowaniach kontrolnych, b) szkolenie personelu medycznego oraz administracji, c) wsparcie w zakresie prowadzonych przetargów, d) wsparcie z zakresu prowadzenia rachunku kosztów, e) informowanie i interpretacja zmieniających się aktów prawnych dotyczących zadań realizowanych przez Szpital, f) reprezentowanie podmiotu w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, g) reprezentowanie podmiotu przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym oraz w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, h) reprezentowanie podmiotu przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych, i) opiniowanie i zatwierdzenie pod względem formalno-prawnym projektów umów zawieranych przez Szpital.”

- IV. Termin wykonania zamówienia: - 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

- V. Warunki udziału w postępowaniu. „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: (...) 1.4. zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający określa szczegółowo spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:

a) Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie leczenia szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łózkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000 zł, w tym

- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł;
- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;
- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach
- reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych – w co najmniej 5 sprawach;
- świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy o badania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

b) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że dysponuje co najmniej 4 osobami (włącznie z wykonawcą), które będą gotowe uczestniczyć w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, z których co najmniej 3 osoby posiadają wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych lub ustawą z dnia 25 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, a jedna co najmniej posiada tytuł magistra prawa oraz jest wpisana na listę aplikantów radcowskich lub adwokackich, od co najmniej 6 miesięcy.”

Zgodnie z projektem umowy:

- § 8 Czas trwania umowy i jej rozwiązanie: „1. Umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia do dnia 2. Strony mogą rozwiązać umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca

kalendaryzowego. [Zmiana SWZ z dnia 30 grudnia 2022 r.]: w przypadku, kiedy dalsza realizacja umowy stanie się dla którejkolwiek ze stron umowy ekonomicznie nieuzasadniona.

3. Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia niniejszej umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w każdym czasie z ważnych powodów, za które uznaje się m.in.: a. wyrządzenie Zamawiającemu znacznej szkody majątkowej powstałej na skutek nienależytej staranności w świadczeniu pomocy prawnej, b. inne rażące naruszenia przez Wykonawcę lub osobę, za którą Wykonawca ponosi odpowiedzialność, istotnego postanowienia niniejszej umowy, pomimo bezskutecznego pisemnego wezwania do zaniechania naruszeń lub nie usunięcia naruszeń w rozsądnie wyznaczonym terminie, c. likwidację Zamawiającego bądź Wykonawcy lub ogłoszenie upadłości którejkolwiek ze stron.”

Z dowodu złożonego przez Odwołującego pisma Dyrektora Warmińsko-Mazurskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ wynika:

„1) Czy w okresie od dnia 30.12.2019 do dnia udzielenia odpowiedzi toczyły się przeciwko Państwa jednostce postępowania sądowe w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł? w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej proszę o wskazanie: a) nazwy i adresu powoda, b) imienia i nazwiska pełnomocnika powoda o ile był to radca prawny lub adwokat, c) daty doręczenia pozwu oraz daty prawomocnego zakończenia postępowania, d) wartości przedmiotu sporu, e) treści rozstrzygnięcia sądu.

W okresie od dnia 30.12.2019 do dnia udzielenia odpowiedzi przeciwko Warmińsko-Mazurskiemu Oddziałowi Wojewódzkiemu w Olsztynie toczyło się jedno postępowanie sądowe, w którym wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł, gdzie: a) powodem sporu był Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie ul. Niepodległości 44, 10045 Olsztyn, b) powód był reprezentowany przez adwokata P. S., adwokata M. G. oraz radcę prawnego A. P.-M. z Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych P.J. S.&T. spółka komandytowo-akcyjna w Poznaniu (reprezentacja przed I instancją) oraz radcę prawnego J. S. z Kancelarii Radcy Prawnego J. S. w Olsztynie (reprezentacja przed II instancją), c) doręczenie pozwu nastąpiło w dniu 28 stycznia 2020 r., a postępowania prawomocnie zakończyły się w dniu: 25 marca 2022 r. w części dotyczącej zaskarżonego wyroku sądu I instancji, 14 września 2022 r. w części dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego, d) wartość przedmiotu sporu wynosiła 3 179 998 zł (słownie: trzy miliony sto siedemdziesiąt dziewięć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych), e) Sąd Okręgowy w Olsztynie orzekający w I instancji oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego zwrot kosztów procesu w kwocie 15 000 zł. Sąd Apelacyjny w

Białymstoku orzekający w II instancji oddalił apelację powoda oraz odstąpił od obciążania powoda kosztami instancji odwoławczej.

2) Czy w okresie od dnia 30.12.2019 do dnia udzielenia odpowiedzi toczyły się przed Państwa organem lub Prezesem NFZ reprezentowanym przez Dyrektora Warmińsko-Mazurskiego Oddziału NFZ postępowania administracyjne o wartości przedmiotu sporu co najmniej 2 000 000 zł? w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej proszę o wskazanie: a) nazwy i adresu strony postępowania, b) imienia i nazwiska pełnomocnika strony o ile był to radca prawny lub adwokat, c) wartości przedmiotu sporu.

W okresie od dnia 30.12.2019 do dnia udzielenia odpowiedzi nie toczyły się przed Dyrektorem Oddziału lub Prezesem NFZ reprezentowanym przez Dyrektora Warmińsko-Mazurskiego Oddziału NFZ postępowania administracyjne o wartości przedmiotu sporu co najmniej 2 000 000 zł.”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

W myśl art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp: „1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Artykuł 116 ust. 1 ustawy pzp: „W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. (...)”

Artykuł 433 pkt 3 i 4 ustawy pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną

odpowiedzialność ponosi zamawiający; 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp: „1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

Artykuł 353(1) k.c. stanowi: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.”

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c.: „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.”

Przedmiot sporu w zakresie zarzutu 1 odwołania i żądania wykreślenia sformułowania „w tym” w pkt V 1.4. lit. a) SWZ sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy w sposób precyzyjny, pozwalający na jednakową jego wykładnię przez wszystkich potencjalnych wykonawców oraz zamawiającego, który na etapie oceny ofert będzie dokonywał badania doświadczenia w oparciu o ustalone w SWZ brzmienie warunku. W ocenie Izby, ustanowiony warunek udziału w postępowaniu, z uwagi na jego niejasne sformułowanie, a w szczególności chaotycznie zastosowany układ graficzny (punkty, podpunkty, litery, kropki) oraz interpunkcję, może budzić wątpliwości interpretacyjne, dlatego też konieczne jest jego doprecyzowanie.

Na wstępie podnieść należy, że ustanowienie w sposób jasny i precyzyjny warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego. Z dokumentacji postępowania wykonawcy powinni otrzymać jednoznaczną informację, jakimi właściwościami muszą się wykazać, aby złożyć ofertę w postępowaniu. Wymaga tego zasada przejrzystości postępowania, realizując jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji poprzez zagwarantowanie potencjalnym wykonawcom możliwości złożenia oferty i konkurowania na jednakowych zasadach.

Zauważyć należy, że Zamawiający określił warunek zdolności technicznej i zawodowej w pkt V 1.4. SWZ wskazując: *1.4. zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający określa szczegółowo spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:*

a) Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie leczenia szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łózkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000 zł, w tym

- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł;*

- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy (...)*

Jak wynika z powyższego, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał na wykazanie, że w danym okresie wykonawca wykonał określoną usługę, po czym używa sformułowania „w tym”, następnie wymieniając od kropek kolejne wymagania warunku. Niewątpliwie, Zamawiający poprzez zwrot „w tym” połączył warunek w jedną całość. Przedstawienie graficzne warunku, użyty zwrot „w tym” oraz zastosowanie liter i kropek (co oznacza podpunkty odnoszące się do wcześniejszego opisu), powoduje że warunek jest niejasny i nieprecyzyjny. Odwołujący podnosił, że literalna wykładnia warunku jest w jego ocenie taka, że w ramach: *„1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie leczenia szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łózkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000 zł, w tym”* wykonawca powinien wykonać również czynności wymienione od kropek po zwrocie „w tym”. Zamawiający wskazywał natomiast, że twierdzenie to jest nielogiczne, gdyż w kolejnych kropkach Zamawiający wymaga aby wykonawca: *„• reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze”* oraz *„• świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza”*, co wyłącza możliwość wykonania tych czynności w ramach usługi głównej, która obejmuje obsługę

prawną podmiotu leczniczego. Zamawiający podnosił, że każda z kropek stanowi oddzielny warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy i nie należy ich łączyć z usługą opisaną przed zwrotem „w tym”, przy czym Zamawiający w odpowiedzi posługuje się systematyką z odwołania a nie z SWZ. Trudno zatem uznać prawidłowość użycia tego zwrotu, skoro następujące po nim czynności w ogóle nie są związane z częścią pierwszą warunku. Być może intencją Zamawiającego było aby usługę z części pierwszej warunku i czynności opisane w poszczególnych kropkach traktować jako oddzielne warunki, jednak nie znajduje to odzwierciedlenia w treści SWZ. Zamawiający jest autorem dokumentacji zamówienia, oczywistym więc jest, że odczytuje warunek zgodnie z własnymi założeniami. Nie oznacza to jednak, że jego opis jest klarowny i jasny. Chybiona jest również argumentacja Zamawiającego, że jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do treści warunku to mógł zwrócić się w postępowaniu o wyjaśnienia, czego nie uczynił. Odnosząc się do powyższego Izba zauważa, że wykonawca „może” zwrócić się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (art. 284 ust. 1 ustawy pzp). Niewątpliwie jest to uprawnienie wykonawcy, podobnie jak zaskarżenie postanowień dokumentacji zamówienia w ramach środków ochrony prawnej. Natomiast to obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu aby nie dawały możliwości różnej ich interpretacji. W ocenie Izby, nie ma racji Zamawiający, że warunek został właściwie i jednoznacznie opisany, skoro należy jego treść wyprowadzać na podstawie wnioskowania o poszczególnych elementach, a jego ustalenie wymaga wyjaśnień ze strony Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że w części pierwszej warunku Zamawiający określił okres wykonania usługi: *„(...) wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą (...).”* Jeśli czynności opisane od kropek stanowią oddzielne warunki, to nie jest wiadome, czy tak samo jak warunek główny miałyby być wykonane w powyższym okresie. W ocenie Izby, jeśli intencją Zamawiającego było opisanie warunku z części pierwszej opisu oraz czynności wymienionych od kropek, jako oddzielnych warunków to po zwrocie: *„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje”* powinien zostać wstawiony dwukropek, a następnie wymienione i opisane poszczególne wymagane usługi.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości postępowania i nakazała wykreślenie z warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy sformułowania

„w tym” oraz nakazała doprecyzowanie opisu poszczególnych warunków, tak aby z treści SWZ jednoznacznie wynikało wykonaniem jakiej usługi, w jakim okresie wykonawca jest zobowiązany się wykazać, aby spełnić postawione wymagania.

Osią sporu w zakresie zarzutu 1 odwołania i żądania wykreślenia z warunku z pkt V 1.4. lit. a) kropka pierwsza sformułowania: „w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł” było ustalenie, czy powyższy warunek został określony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający poprzez zbyt nadmierne wymaganie utrudnił uczciwą konkurencję w postępowaniu. Warunek ustalony na takim poziomie nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i celem jaki zamierza osiągnąć, czym Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności.

Na wstępie wskazania wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: *„zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.”* W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, czy podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże

spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślić należy, że Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż to zamawiający jako gospodarz postępowania kształtuje warunki udziału w postępowaniu mając na względzie charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak uprawnienie zamawiającego w zakresie formułowania warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczone i powinno opierać się jak już wskazano na zasadzie proporcjonalności, równości, uczciwej konkurencji oraz posiadać uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Zdaniem Izby Zamawiający naruszył te zasady, a w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, aby warunek udziału w postępowaniu z pkt V 1.4 lit. a) kropka pierwsza w zakresie określonej wartości przedmiotu sporu był adekwatny do celu, jaki Zamawiający planuje osiągnąć.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uzasadniając ustalenie wartości przedmiotu sporu w warunku powoływał się na wartość podpisanej z NFZ umowy, wskazując że próg 2 000 000,00 zł stanowi minimalny poziom na tle skali roszczeń pieniężnych Zamawiającego. W ocenie Izby argument ten jest chybiony, gdyż wartość podpisanej umowy nie przekłada się na wartość poszczególnych roszczeń Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał w żaden sposób skali roszczeń na jakie się powołuje. Z dowodu przedłożonego przez Odwołującego wynika, że od dnia 30 grudnia 2019 r. przeciwko NFZ Oddział Warmińsko – Mazurski toczyło się tylko jedno postępowanie sądowe o wartości przedmiotu sporu spełniającej warunek udziału w postępowaniu i było to postępowanie, gdzie powodem był Zamawiający. Izba zgadza się z Zamawiającym, że warunek obejmuje również sprawy, w których to NFZ było powodem, niemniej jednak Zamawiający nie przedstawił nawet w przybliżeniu ilości takich postępowań, które spełniałyby warunek aby obronić proporcjonalność warunku. Co prawda, dowód dotyczył wyłącznie jednego Oddziału NFZ ale Zamawiający przyznał, że nie dokonał analizy, czy jest krąg wykonawców zdolnych spełnić łącznie wszystkie postawione warunki,

w tym kwestionowane.

Izba zauważa również, że Zamawiający nie uzasadnił dlaczego wykonawca reprezentujący w sprawach objętych warunkiem o niższej wartości przedmiotu sporu, nie będzie dawał rękojmi należytej realizacji umowy. Zamawiający akcentował potrzebę, że *„wykonawcy, którzy w przyszłości mają świadczyć na jego rzecz pomoc prawną, będą od początku osobami wysoce wykwalifikowanymi i doświadczonymi we wskazanym przez Zamawiającego zakresie.”* Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie postawił w postępowaniu wymagań dotyczących personelu wykonawcy, a więc potrzeba wysokiego poziomu kwalifikacji i doświadczenia osób, jest nieadekwatna dla uzasadnienia postawienia nadmiernych wymagań warunku obejmującego doświadczenie wykonawcy. Zamawiający nie może mieć pewności, że osoba która reprezentowała w sprawie określonej warunkiem w ogóle będzie świadczyła obsługę prawną na rzecz Zamawiającego.

Niezasadne w ocenie Izby są również twierdzenia Zamawiającego dotyczące większej wagi spraw o wyższej wartości przedmiotu sporu, co w opinii Zamawiającego miałyby świadczyć o wyższym poziomie doświadczenia wykonawcy. Niejednokrotnie sprawy o niższej wartości przedmiotu sporu cechuje wyższy stopień skomplikowania zarówno pod względem proceduralnym jak i merytorycznym. Mając jednak na względzie argumentację z odpowiedzi na odwołanie o różnicowaniu właściwości sądów rejonowych i okręgowych zależnie od wartości przedmiotu sporu oraz stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie, iż wymóg reprezentacji w sprawach przekraczających wartość 75 000,00 zł, nie jest wymogiem nadmiernym, Izba nie będąc związana żądaniami odwołania orzekła inaczej niż wnioskowano w odwołaniu. W ocenie Izby, określenie w warunku wartości przedmiotu sporu przewyższającej siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych uczyni zadość potrzebom Zamawiającego wyłonienia wykonawcy o odpowiednim poziomie doświadczenia proceduralnego i merytorycznego, będąc jednocześnie warunkiem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i nie utrudniającym w sposób nieuzasadniony uczciwej konkurencji.

Spór co do zarzutu 3 odwołania dotyczącego postanowienia § 8 ust. 2 wzoru umowy, sprowadzał się do ustalenia, czy Zamawiający był uprawniony ustanowić w projekcie umowy klauzulę pozwalającą na wypowiedzenie umowy przez każdą ze stron. W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie narusza dyspozycję art. 433 ustawy pzp oraz przeczy

zasadzie trwałości umowy o zamówienie publiczne, a w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zasada trwałości umów o zamówienie publiczne jest wyprowadzana z uregulowań ustawowych prawa zamówień publicznych, które co do zasady nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Dyspozycja art. 456 ustawy pzp pozwala zamawiającemu na odstąpienie od umowy w ściśle określonych sytuacjach. Regulacja ta ma charakter wyjątkowy, gdyż stanowi ograniczenie zasady *pacta sunt servanda*. Do umów w sprawie zamówienia publicznego obowiązuje zasada dotrzymywania umów, gdyż tego wymaga pewność obrotu. Zauważyć należy, że celem umowy o zamówienie publiczne jest realizacja określonego świadczenia. Wykonawcy kalkulując ceny ofertowe biorą pod uwagę różne czynniki, uzależniając ceny od długości trwania świadczenia, jego wielkości, zakładając także czynniki ryzyka na odpowiednim poziomie, tak aby zapewnić zysk z realizacji zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie wykonawca, jak każdy podmiot zawierający umowę ze swoim kontrahentem, czyni to w przeświadczeniu, iż wzajemne zobowiązania zostaną wykonane (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, kom. do art. 456). Pogląd taki znajduje potwierdzenie w regulacjach ustawowych. Niewątpliwie, realizacji zasady trwałości umów służy dyspozycja art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w której za klauzulę abuzywną uznano przewidywanie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość wypowiedzenia umowy przez każdą ze stron właściwie bez podawania przyczyny. W ocenie Izby, modyfikacja § 8 ust. 2 projektu umowy, której dokonał Zamawiający w dniu 30 grudnia 2022 r., nie miała wpływu na aktualność zarzutu. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wprowadzona przesłanka wypowiedzenia umowy pozostawia w zasadzie dowolność stronom i możliwość rozwiązania umowy w każdym czasie. Niezrozumiałym jest stwierdzenie, że dalsza realizacja umowy będzie „*ekonomicznie nieuzasadniona*”. W ocenie Izby, w interesie wykonawcy jest aby umowa została zrealizowana w całości z uwagi na planowane zyski. Projekt umowy przewiduje klauzule waloryzacyjne wynagrodzenia wykonawcy, a więc nie jest jasne kiedy świadczenie miałyby stać się dla wykonawcy nieuzasadnione ekonomicznie. Podobnie z perspektywy zamawiającego, który ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać zabezpieczone środki na cały okres realizacji

umowy. W konsekwencji Izba uznała zarzut za aktualny, gdyż Zamawiający właściwie nie sprecyzował powodów wypowiedzenia umowy.

W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie narusza art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w zakresie w jakim stanowi nieuprawnione ograniczenie zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty i ryzyk, gdy wykonawca nie ma pewności co do zakresu zamówienia, który zrealizuje. Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na wypowiedzenie umowy jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Postanowienie § 8 ust. 2 wzoru umowy przeczy zasadzie trwałości umów o zamówienie publiczne i w sposób niedozwolony i nieuzasadniony pozwala na ograniczenie zamówienia w dowolnym czasie i zakresie (patrz też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3107/21). Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495). Zamawiający jest więc uprawniony zawrzeć w umowie przesłanki rozwiązania umowy za wypowiedzeniem, niemniej jednak muszą one być w sposób jasny i precyzyjny zdefiniowane. Niedookreślone postanowienia umożliwiające rozwiązanie umowy na każdym etapie jej realizacji przekładają się na różną ocenę ryzyk przez poszczególnych wykonawców, co niewątpliwie ma także wpływ na porównywalność ofert w postępowaniu.

Dlatego też, Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie kwestionowanego postanowienia, ewentualnie, jeśli Zamawiający identyfikuje jednoznacznie zagrożenia dla trwałości umowy, poza przewidzianymi w ust. 3 § 8 wzoru umowy oraz wynikającymi wprost z ustawy pzp, to powinien w sposób niebudzący wątpliwości je sprecyzować, wskazując jednocześnie minimalny zakres świadczenia, na poziomie umożliwiającym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty z uwzględnieniem okresu trwania umowy przewidzianego w SWZ.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 452,34 zł oraz koszty noclegu w wysokości 520,00 zł, na podstawie spisu kosztów złożonego przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: