

Warszawa, dnia 10 sierpnia 2021 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej**
im. św. Jana z Dukli
ul. K. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin
e-mail: edorosz@cozl.eu
nr tel: 81 454 10 00

Odwołujący: **Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy**
sp. p. z siedzibą w Warszawie
al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa
KRS: 0000216184
reprezentowana przez
r. pr. Wojciecha Sobejko
e-mail: kancelaria@cwik.pl
nr tel: 22 745 14 00

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL – COZL/DZP/ED/3412/TP-72/21.*

Odwołanie

Przedmiot zamówienia:

Usługa kompleksowej obsługi prawnej.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2021/BZP 00087501/01 zamieszczone zostało w BZP w dniu 5.08.2021 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/492644>.

Działając w imieniu Odwołującego, zwanego dalej również „Wykonawcą”, odpis umocowania w załączeniu, na podstawie przepisów art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 2 pkt 2 oraz

art. 359 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. *Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL*, zwanym dalej również „Postępowaniem” na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegające na ustanowieniu nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ustanowienie, w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit d.a SWZ warunku udziału w postępowaniu:

- 1) w sposób nieprecyzyjny i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł, że referencyjne usługi jakimi Wykonawca powinien się wylegitymować wykazując spełnienie tego warunku, muszą „odpowiadać przedmiotowi zamówienia”, bez sprecyzowania merytorycznych wymagań zwłaszcza w zakresie przedmiotu tych usług, co pozwala na arbitralną i uznaniową ocenę spełnienia tego warunku przez Zamawiającego, a jednocześnie nie daje Wykonawcom jednoznacznych podstaw do identyfikacji jego treści;
- 2) w sposób nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł wartość drugiej z referencyjnych usług na kwotę nie niższą niż 600.000 zł w skali roku, co nie stanowi określenia warunku udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie zdolności, jaki daje Zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym w znaczny sposób ogranicza konkurencję.

Z uwagi na powyższe, wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji warunku udziału w postępowaniu zawartego rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. d a SWZ, przez:
 - a) doprecyzowanie zakresu merytorycznego referencyjnych usług, przez jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia „usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”, a więc wskazanie jakie konkretne świadczenia i obowiązki Wykonawcy powinny co najmniej być objęte jego referencyjnym doświadczeniem, przez wskazanie, że: „1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych w sposób ciągły, minimum dwie usługi prawne, o wartości nie mniejszej niż 250.000 zł brutto każda, w dziedzinach działalności Zamawiającego, będącego samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej, zatrudniającego na dowolny dzień w okresie wykonywania obsługi prawnej co najmniej 1.000 pracowników, posiadającego w swojej strukturze organizacyjnej na dowolny dzień w okresie wykonywania usługi prawnej co najmniej

12 oddziałów szpitalnych, w tym co najmniej 6 zbieżnych przedmiotowo z oddziałami spośród niżej wymienionych: oddział hematologiczny, oddział onkologii klinicznej, oddział radioterapii, oddział chirurgii ogólnej, oddział chirurgii urazowo-ortopedycznej/oddział urazowo-ortopedyczny, oddział urologiczny, oddział otolaryngologiczny, oddział ginekologii, oddział immunologii, oddział chirurgii plastycznej/szczękowo-twarzowej.”;

- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izłą.

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą przedmiotowego zamówienia, jako podmiot w ramach swojej działalności gospodarczej, świadczący pomoc prawną także podmiotom publicznym, w tym z zakresu ochrony zdrowia. Sposób opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, prowadzi do oczywistego pokrzywdzenia potencjalnego wykonawcy i utrudnia Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz generuje ryzyko powstania szkody postrzeganej jako potencjalne wynagrodzenie należne z tytułu realizacji umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r., KIO 1776/17).

Uzasadnienie

Przedmiotem postępowania którego dotyczy odwołanie jest świadczenie stałej obsługi prawnej. Kwestionowany niniejszym odwołaniem warunek udziału w postępowaniu, uregulowany został w postanowieniu rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit d.a SWZ w sposób następujący: *Zamawiający na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaga załączenia wykazu usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (minimum 2 usługi), wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, (na formularzu określonym w zał. nr 6 do SWZ), przy czym jedna z usług na kwotę nie niższą niż 100 000 zł brutto w skali roku a druga na kwotę nie niższą niż 600 000 zł brutto w skali roku wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów (Zamawiający wymaga aby jeden z obsługiwanych podmiotów należał do dużego przedsiębiorstwa zatrudniającego powyżej 1 800 pracowników a usługa ta powinna obejmować prowadzenie dla co najmniej dwóch podmiotów postępowań sądowych dotyczących realizacji inwestycji budowlanych), na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane*

należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne 8 dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Treść ww. warunku narusza przepisy ustawy Pzp w aż dwóch aspektach.

[zarzut, o którym mowa w pkt 1 *petitum*]

Pierwszy zarzut opiewa na niejasne opisanie wymagań postawionych w tym warunku dla referencyjnych usług. Zamawiający zamiast zdefiniować przede wszystkim ich przedmiot, uregulował, iż muszą być one „odpowiadające przedmiotowi zamówienia”, co zmusza niejako wykonawców do samodzielnej identyfikacji wymagań przedmiotowego warunku na podstawie analizy opisu przedmiotu zamówienia i postanowień istotnych postanowień umowy.

Taki opis warunku udziału w postępowaniu nie spełnia wymagań przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść warunku musi umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunkiem *sine qua non* zapewnienia sobie przez Zamawiającego takiej możliwości jest precyzyjne uregulowanie i opisanie, referencyjnej usługi, w sposób jaki nie wymaga od Wykonawców podejmowania próby identyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, wszystkie wymagania jakie wykazać musi wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zawarte muszą być w opisie tego warunku. Przytoczone stanowisko wywodzone jest z ugruntowanej w tym zakresie wykładni prezentowanej także przez Krajową Izbę Odwoławczą: *Warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że "warunki udziału w postępowaniu" i "opis przedmiotu zamówienia" to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej. (...) Warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisanie w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p.) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełnienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p.). Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle wszelkich*

postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które mogłyby mieć znaczenie z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., KIO 901/17).

Należy też wskazać, że sposób w jaki Zamawiający opisał przedmiotowy warunek narusza zasadę prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości. Skoro dopiero po otrzymaniu ofert, Zamawiający, na podstawie analizy składanych dokumentów podmiotowych ustalał będzie w zasadzie jakie usługi uzna za spełniające, a jakie za niespełniające warunek udziału w postępowaniu (wymagać to będzie od niego subiektywnej oceny referencyjnego doświadczenia pod kątem „odpowiadania przedmiotowi zamówienia”), nie można uznać, że Zamawiający w ten sposób zapewni traktowanie wykonawców w taki sam sposób w takiej samej sytuacji, lub, że uniknie zastrzeżeń co do arbitralności tej oceny, stanowiącej zaprzeczenie przejrzystości postępowania. Co więcej, tak zastrzeżony warunek udziału w postępowaniu, nie pozwala Wykonawcom na jednoznaczną identyfikację wymagań Zamawiającego postawionych w warunku, a tym samym weryfikację możliwości wzięcia udziału w postępowaniu i naraża ich na bezcelowe koszty, czasowe, osobowe i finansowe związane z przygotowaniem oferty.

Mając na uwadze powyższe, aby doprowadzić ww. warunek w omawianym zakresie do zgodności z przepisami ustawy Pzp, koniecznym jest doprecyzowanie tego warunku przez jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia „usług odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”, a więc wskazanie jakie konkretne świadczenia i obowiązki Wykonawcy powinny być objęte co najmniej jego referencyjnym doświadczeniem, o co Odwołujący, kierując ten środek ochrony prawnej wnosi.

[zarzut, o którym mowa w pkt 2 *petitum*]

Kolejny z zarzutów dotyczy opisanego przedmiotowego warunku w sposób nieproporcjonalny, w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł wartość drugiej z referencyjnych usług na kwotę nie niższą niż 600.000 zł w skali roku, co jest wartością nieadekwatną do zamówienia jakiego udziela gospodarz postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z orzecznictwa, tak krajowego jak i europejskiego wynika, że proporcjonalność warunku musi być rozpatrywana przez pryzmat celu w jakim warunek jest zastrzegany, a więc zapewnienia sobie przez zamawiającego wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, z tym, że warunku takie muszą być określane jako tzw. minimalne poziomy zdolności. Zwrócić należy uwagę, że TSUE w wyroku z dnia 16.09.1999 r., C-414/97 (Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii), że ocena warunku udziału w postępowaniu wymaga tzw. testu proporcjonalności, a więc wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Wspomniane orzecznictwo TSUE, za warunki nieproporcjonalne, uznaje takie, w których żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok TSUE z dnia 27.10.2005 r., C-234/03 (Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa).

Jak wskazuje się z kolei w orzecznictwie KIO: *Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2020 r., KIO 1988/20). Mając na uwadze powyższe, ww. warunek, w zakresie referującym do wartości usługi w wysokości 600.000,00 zł, nie ustanawia, na minimalnych poziomach zdolności, wymagania zapewniającego gospodarzowi postępowania rękojmię należytego wykonania zamówienia przez przyszłego wykonawcę. Jak wskazała KIO w wyroku z 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19: *Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie [...]*. Zastrzeżony w tym zakresie warunek, referuje do wartości prawdopodobnie tożsamy z wartością zamówienia szacowaną przez Zamawiającego, co w ocenie Izby zawsze nie odpowiada nakazowi proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu. *Opis przedmiotu zamówienia i opis warunków udziału w postępowaniu są ze sobą nierozzerwalnie powiązane, jednakże powyższe nie oznacza, że ustalając warunki udziału w postępowaniu zamawiający wymagać musi doświadczenia stricte odpowiadającego każdemu elementowi świadczenia usługi, który wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu konstruowane są w ten sposób, aby wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem tożsamym, co nie oznacza dokładnie identycznym, takim samym jak opis przedmiotu zamówienia (...)* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2014 r., KIO 2274/14).

W kontekście powyższego, uregulowanie przez instytucję zamawiającą warunku udziału w postępowaniu „jeden do jednego” z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wartości referencyjnych usług, jawi się jako niezgodne z ustawą Pzp, w zakresie w jakim *de facto* eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy, tak organizacyjnie jak i merytorycznie, są w stanie należyte zrealizować przedmiotowe zamówienie. Należy bowiem wskazać, że usługi prawnicze są specyficznym rodzajem działalności, w których, podobnie jak we wszystkich usługach, kluczowym czynnikiem kosztotwórczym, jest praca osób skierowanych do realizacji zamówienia, wartości referencyjnych usług nie są rozstrzygającymi dla wykazania rękojmi należytego wykonania zamówienia. Co więcej, Zamawiający niespełna 20 miesięcy temu prowadził postępowanie na tożsamy przedmiot – umowa aktualnie realizowana – i wówczas oczekiwał doświadczenia w realizacji wyłącznie jednej usługi o wartości 100 tys. pln brutto. Tym samym dodawanie usługi dodatkowej o wartości niemal tożsamej z wartością zamówienia w czytelny sposób obrazuje skalę naruszenia Zamawiającego.

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, iż w dniu 9 sierpnia br. skierował wniosek o zmianę kwestionowanych postanowień dokumentacji postępowania, jednakże odpowiedź udzielona w dniu 10 sierpnia br. była podtrzymującą dotychczasowe brzmienie.

[wykazanie umocowania reprezentanta odwołującego]

Wykazując umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania Odwołującego, w załączeniu przedstawiam:

- 1) wyciąg z aktu notarialnego sporządzonego w dniu 23 czerwca 2021 r. (poświadczony za zgodność z oryginałem), zgodnie z którym, z tym dniem Wojciech Sobejko stał się wspólnikiem (partnerem) Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie;
- 2) odpis z KRS, zgodnie z którym, każdy wspólnik (partner) Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie, uprawniony jest do reprezentowania spółki.

Tytułem wyjaśnienia wskazuję, że ww. wyciąg z aktu notarialnego potwierdza, że wraz z dniem 23 czerwca 2021 r., Wojciech Sobejko przystąpił jako wspólnik (partner) do Spółki Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie. Wyciąg ten przedstawia też, w jakim zakresie, wspólnicy zmienili umowę Spółki. Należy zauważyć, że Wspólnicy nie dokonali zmiany umowy spółki w zakresie jej reprezentacji – tym samym, odzwierciedlona w KRS zasada jednoosobowej reprezentacji spółki przez każdego ze wspólników (partnerów) pozostała bez zmian (w celu wykazania sposobu reprezentacji spółki, załączam wyciąg pełny z KRS).

Tym samym, wspomniany wyciąg, wraz z odpisem z KRS wskazującym na sposób reprezentacji spółki, wykazują, że w dniu wniesienia odwołania, Wojciech Sobejko, jako wspólnik, uprawniony był do wniesienia odwołania w imieniu Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy.

Na marginesie należy też wskazać, że pomimo złożenia stosowanego wniosku do KRS, zmiana w składzie osobowym wspólników spółki nie została jeszcze odnotowana, stąd w rejestrze tym, Wojciech Sobejko nie widnieje jako wspólnik (partner). Należy jednak wskazać, że w tym zakresie wpis do KRS ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny i podstawę do uznania Wojciecha Sobejko za wspólnika spółki może stanowić załączany wyciąg z aktu notarialnego odpowiednio poświadczony za zgodność z oryginałem.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

- 1) *potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;*
- 2) *odpisy dokumentów wykazujących umocowanie;*
- 3) *potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.*