

Sygn. akt: KIO 906/13

## WYROK

z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez **Kancelarię Radców Prawnych S..... & M..... Sp. k., ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

1. Kancelarii Radców Prawnych **Ć..... i Partnerzy Sp. p., al. Szucha 8, 00-582 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
2. Kancelarii Prawnej **P..... & Partnerzy, ul. Wspólna 50 lok. 6, 00-684 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie postanowienia Rozdziału I pkt III ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowienia Sekcji VI. 3 pkt 4 ogłoszenia.
2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kancelarię Radców Prawnych S..... & M..... Sp. k., ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa** na rzecz **Kancelarii Radców Prawnych S..... & M..... Sp. k., ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych na rzecz Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2013 roku pod poz. 2013/S 070 -116684.

W dniu 19 kwietnia 2013 roku odwołujący – Kancelaria Radców Prawnych S..... & M..... Sp. k. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób ograniczający konkurencję.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie postanowienia Rozdziału I pkt III ppkt 4 SIWZ oraz postanowienia Sekcji VI.3 pkt 4 ogłoszenia o zamówieniu w sposób bezpodstawnie wprowadzający ograniczenie podmiotowe w kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, polegające na wprowadzeniu warunku udziału w postępowaniu nie przewidzianego ustawą Pzp,
2. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku określonego w postanowieniu Rozdziału I pkt III ppkt 4 SIWZ w sposób niezwiązany oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia,
3. art. 36 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez umieszczenie w treści SIWZ - mimo otwartego katalogu informacji w niej zawartych - postanowień i wymogów wpływających na ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ, a mających na celu wyłącznie kreowanie sytuacji, w których Zamawiający mógłby subiektywnie decydować w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez usunięcie postanowień Rozdziału I pkt III ppkt 4 siwz oraz postanowienia Sekcji VI.3

pkt 4 ogłoszenia oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

W sekcji VI.3. ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu „Informacje uzupełniające, informacje dodatkowe”, zamawiający wskazał:

„Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert przez wykonawców, którzy świadczą obecnie usługi pomocy prawnej w jednostkach nadzorujących zamawiającego, takich jak np. NIK, MZ, Władza Wdrażająca Programy Europejskie, MAIC (Minist. Admin. i cyfryzacji), GIODO (Gen. Inspektorat Ochrony Danych Osobowych), ZUS, NFZ”.

Postanowienie o identycznej treści znajduje się w rozdziale I.III ppkt 4 siwz p.n. „Oferty częściowe, wariantowe”.

W dniu 23 kwietnia 2013 roku Zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz i ogłoszenia, w ten sposób, że doprecyzował, iż nie dopuszcza możliwości składania ofert przez wykonawców, którzy świadczą usługi pomocy prawnej w instytucjach w ramach kompetencji departamentów (wydziałów) uprawnionych do kontroli Zamawiającego, tj:

1. Ministerstwo Zdrowia:
  - Departament Funduszy Europejskich w zakresie Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko
  - Departament Nadzoru, Kontroli i Skarg.
2. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego:
  - Departament Wsparcia Programów Infrastrukturalnych w zakresie POIiŚ,
  - Departament Koordynacji Programów Infrastrukturalnych,
  - Departament Zarządzania Programami Konkurencyjności i Innowacyjności w zakresie Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka w zakresie 7 osi POIG
3. Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji
  - Departament Funduszy Europejskich w zakresie 7 osi POIG,
4. Władza Wdrażająca Programy Europejskie
  - Departament Systemu Zarządzania i Kontroli w zakresie 7 osi POIG

## **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący, jako podmiot zamierzający ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiada interes w uzyskaniu zamówienia, który uprawnia go do wniesienia odwołania. Podniesione w odwołaniu zarzuty wskazują także na możliwość poniesienia uszczerbku w interesie odwołującego, polegającego na braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji utrzymania w mocy kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podkreśla, że na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia krąg podmiotów, mogących skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest szeroki. Na tym etapie postępowania wystarczające jest bowiem wykazanie jedynie hipotetycznej szkody, polegającej na sformułowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia w sposób, który może utrudniać dostęp do zamówienia lub może spowodować zawarcie umowy z naruszeniem przepisów prawa.

Niezależnie od powyższego, możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w postaci wyeliminowania go z udziału w postępowaniu ma w rozpatrywanym przypadku wymiar realny, skoro jak wynika z pisma z dnia 3 kwietnia 2013 roku, złożonego do akt sprawy, kancelaria odwołującego będzie realizowała zlecenia na rzecz Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, przekazane jej przez Kancelarię Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy spółka partnerska.

Izba nie podzieliła stanowiska zaprezentowanego przez przystępującego po stronie zamawiającego, że z uwagi na dokonaną w dniu 23 kwietnia 2013 roku modyfikację kwestionowanego przez odwołującego postanowienia, odwołanie złożone dnia 19 kwietnia 2013 jest bezprzedmiotowe i winno podlegać oddaleniu. Przede wszystkim wskazać należy, że zamawiający nie uwzględnił odwołania w całości, dokonaną modyfikacją przychylił się jedynie do jednego z żądań odwołania dotyczącego braku podania zamkniętego katalogu podmiotów na rzecz których wykonawca świadczy usługi pomocy prawnej. Kwestionowane postanowienie co do zasady pozostało bez zmian a zarzuty i argumentacja odwołania z dnia 19 kwietnia 2013 roku zachowują w pełni swoją aktualność. Ponadto przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają odstąpienia przez Izbę od orzekania co do zarzutów zawartych w treści odwołania w przypadku częściowego uwzględnienia żądań w nim zawartych.

Odnosząc się merytorycznie do kwestionowanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba zważyła w pierwszej kolejności, że postanowienie to nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, o jakim mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Świadczy o tym nie tylko jego usytuowanie w treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale przede wszystkim to, że ma ono - w przeciwieństwie do warunków z art. 22 ust. 1 - charakter negatywny. Warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp mają na celu potwierdzenie posiadania przez wykonawców niezbędnych uprawnień, wiedzy i doświadczenia i są formułowane w sensie pozytywnym, natomiast rozpatrywane postanowienie ma charakter negatywny tzn. skutkuje wyeliminowaniem z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy co prawda posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, ale świadczą usługi pomocy prawnej w określonych, wymienionych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu jednostkach.

Konsekwencją stwierdzenia, że omawiane postanowienie nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 jest to, że nie zachodzi możliwość w przypadku niespełnienia tego postanowienia zastosowania wobec wykonawców sankcji w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu. Niewątpliwie jednak, mimo, że postanowienie to nie jest warunkiem udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jest ono ściśle związane z sytuacją podmiotową danego wykonawcy i dotyczy właściwości wykonawcy a nie przedmiotu zamówienia czy sposobu jego wykonania. Stąd nie można podzielić stanowiska zaprezentowanego przez zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy, że omawiane postanowienie dotyczy przedmiotu zamówienia, stanowi treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której niezachowanie rodzi skutek w postaci odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konkluzji podnieść należy, że postanowienie mimo, że nie jest ani warunkiem udziału w postępowaniu ani treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wywołuje daleko idące skutki w postaci nieuzasadnionego wyeliminowania pewnego kręgu podmiotów z możliwości udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że kwestionowane postanowienie jest dopuszczalne na podstawie art. 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia jest usługa niepriorytetowa - świadczenie pomocy prawnej. Przywołany przepis ustawy Pzp dopuszcza stosowanie m.in. kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy, ale w omawianym stanie faktycznym kwestionowane postanowienie nie można z całą pewnością uznać za kryterium ocennego, gdyż jest to postanowienie powodujące eliminację z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy świadczą pomoc prawną na rzecz jednostek, wymienionych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na marginesie, niezależnie od powyższego, należy wskazać, że postanowienie niedopuszczające do udziału w postępowaniu wykonawców świadczących pomoc prawną w jednostkach wymienionych przez zamawiającego nie jest związane z przedmiotem zamówienia, jest w stosunku do niego nadmiernie wygórowane i stanowi nieuzasadnioną barierę ograniczającą dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Jak słusznie wskazał odwołujący postanowieniem tym zamawiający wykluczył możliwość złożenia oferty przez podmioty, które świadczą obecnie usługi szeroko pojętej pomocy prawnej, podczas gdy przedmiot zamówienia jest znacznie węższy i obejmuje świadczenie pomocy prawnej wyłącznie w zakresie zamówień publicznych. Może zatem zaistnieć sytuacja, w której nie będzie konfliktu interesów, bowiem podmiot będzie co prawda świadczył pomoc prawną na rzecz jednostek nadzorujących ale niekoniecznie pomoc ta będzie dotyczyła zamówień publicznych.

Zgodzić się należy z odwołującym, że nie można *a priori* założyć istnienia permanentnego konfliktu interesów po stronie wykonawcy, który świadczy usługi prawne na rzecz zamawiającego i jednostek uprawnionych do jego kontroli, wymienionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z tego powodu z góry wykluczyć możliwość złożenia przez te podmioty ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne. Konflikt interesów, jak słusznie podniósł odwołujący, może zaistnieć w konkretnej sprawie, w ściśle określonym przypadku a tryb jego rozwiązania został w sposób wystarczający i zupełny uregulowany w § 3 pkt 10 projektu umowy. Zamawiający przewidział, że wykonawcy przysługuje prawo do odmowy wykonania zleconego zadania wyłącznie z ważnych powodów, w szczególności, gdy podjęcie się wykonania danego zadania stanowiłoby konflikt interesów, wykonanie danej czynności łączyłoby się z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, zasad etyki zawodowej lub dobrego imienia wykonawcy. Wówczas wykonawca będzie zobowiązany do wyczerpującego poinformowania zamawiającego o przyczynach odmowy i zapewnieniu na swój koszt zastępstwa innej osoby o uprawieniach i doświadczeniu zawodowym nie niższym od wykonawcy.

Podnieść także należy, że kwestionowane postanowienie, wbrew intencji jaka przyświecała zamawiającemu do jego wprowadzenia, nie rozwiązuje problemu związanego z istnieniem konfliktu interesów, skoro zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdzenie jego spełnienia ma dotyczyć jedynie etapu składania ofert podczas, gdy faktyczny konflikt wynikający ze świadczenia pomocy prawnej dla zamawiającego i jednostek przez niego wymienionych może zaistnieć dopiero w trakcie realizacji umowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie ma charakter dyskryminujący, może stanowić nieuzasadnioną barierę dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego realizacji i w efekcie może doprowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji na rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....