

Sygn. akt: KIO 2640/21

WYROK

z dnia 4 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 r. przez **wykonawcę MW Technic sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Stołeczne Centrum Opiekuńczo – Lecznicze sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MW Technic sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MW Technic sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r., poz. 1129 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 – Stołeczne Centrum Opiekuńczo – Lecznicze sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 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. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowo – kosztorysowej na budowę drugiego Pawilonu Medycznego w Zakładzie Opiekuńczo – Leczniczym przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby lecznicze Zakładu, uzyskanie w imieniu Zamawiającego prawomocnej decyzji - pozwolenia na budowę obiektu oraz pełnienie nadzoru autorskiego w okresie realizacji inwestycji.”*, nr postępowania: ZP/ 22/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2021 r., za numerem 2021/BZP 00127170/01.

W dniu 6 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca MW Technic sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SZLIS ARCHITEKT J.S., ul. Małego Rycerza 6A z siedzibą w Warszawie (dalej: J.S.), którego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp, gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na zasadzie art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp,
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) ustawy pzp pomimo faktu, iż Zamawiający nie doręczył skutecznie Odwołującemu wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp w wyniku bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego pomimo faktu, iż temu ostatniemu nie zostało skutecznie doręczone żadne wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z regułami doręczeń korespondencji przy wykorzystaniu skrzynki podawczej ePUAP, jak również wobec faktu, iż Odwołujący w formularzu ofertowym do komunikacji podał jedynie adres poczty elektronicznej i nie przewidywał otrzymania korespondencji przez elektroniczną skrzynkę podawczą na platformie ePUAP. W ramach powyższego zarzutu doszło również do naruszenia zasad teorii doręczeń w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o

informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 670, 952, 1005 z późn. zm.) oraz szczegółowych regulacji Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 180 z późn. zm.).

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy pzp – przez wybór oferty wykonawcy J.S., która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu ze względu na zakłócenie konkurencji spowodowane wcześniejszym zaangażowaniem go w przygotowanie postępowania i polegającym na opracowaniu dokumentu w postaci „Koncepcji programowo – przestrzennej dla inwestycji „BUDOWA BUDYNKU ZAKŁADU OPIEKUŃCZO-LECZNICZEGO PRZY UL. MEHOFFERA 72/74, W DZIELNICY BIAŁOŁĘKA M. ST. WARSZAWA” (dalej: „Koncepcja”).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J.S.;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym skutecznego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych na wskazany w treści formularza ofertowego Odwołującego adres mail poczty elektronicznej;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy J.S., który podlega wykluczeniu z postępowania;
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Odwołujący uzasadniając zarzut 1 odwołania wskazał na treść Rozdziału VI SWZ dotyczącego sposobu komunikacji. Wykonawca MW Technic Spółka z o.o. w formularzu ofertowym w ramach danych kontaktowych wskazał jedynie adres mailowy: K.@mwtechnic.pl. Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

w ramach czynności badania i oceny ofert wystosował do Odwołującego szereg pism, przy wykorzystaniu elektronicznej skrzynki podawczej platformy ePUAP – wezwania do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 16 i 23 sierpnia 2021 r. oraz z dnia 1 września 2021 r. W każdym z wezwań Zamawiający wyznaczał Odwołującemu nowe terminy złożenia dokumentów. Zamawiający pismem z dnia 1 września 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz jednocześnie odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu dokonanej czynności zostało wskazane, że „Zamawiający przekazał Wykonawcy Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274. ust. 1 ustawy pzp z zachowaniem terminów ustawowych za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez mini Portal (Formularz do komunikacji). Po nie otrzymaniu dokumentów wskazanych na wezwanie, Zamawiający powtórzył czynność na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp - brak ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) jeżeli Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie powyższych dokumentów.”

Odwołujący wskazał, iż podmiotem ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie jest kapitałowa spółka prawa handlowego występująca w obrocie prawnym pod firmą MW Technic Spółka z o.o. Zgodnie z treścią formularza ofertowego (Dział I – dane wykonawcy) złożonego przez Odwołującego jako adres do kontaktu w sprawie prowadzonego postępowania został wskazany tylko adres poczty elektronicznej - e-mail: K.@mwtechnic.pl. W żadnych dokumentach Odwołujący nie wskazywał adresu elektronicznej skrzynki podawczej na platformie ePUAP, gdyż takiej MW Technic Spółka z o.o. nie posiada. Odwołujący nie przewidywał i nie oczekiwał, że jakkolwiek korespondencja będzie do niego kierowana za pomocą platformy ePUAP. W niniejszej sprawie kwestią sporną jest skuteczność doręczenia Odwołującemu – MW Technic Spółka z o.o. 3 kolejnych wezwań (z dnia 16 sierpnia 2021 r., 23 sierpnia 2021 r. oraz 1 września 2021 r.) wskazujących terminy na doręczenie podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący podkreślił, że w ramach żadnego z tych wezwań Zamawiający nie otrzymał potwierdzenia jego doręczenia, jak również nie otrzymał odpowiedzi na to wezwanie – co powinno, jako u profesjonalisty, wzbudzić jego wątpliwość, co do skuteczności doręczenia tych wezwań. Zaznaczył, że wezwania nie zostały opatrzone żadnym podpisem, mając na uwadze choćby fakt, iż Zamawiający jest również spółką prawa handlowego i obowiązują go zasady reprezentacji zgodne z regulacjami ustawy Kodeks postępowania handlowego. Odwołujący wskazał również, iż istotna z punktu widzenia powyższej kwestii jest teoria doręczeń, w tym ustalenie jaki charakter posiada korespondencja mająca miejsce pomiędzy wykonawcami a

zamawiającym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zasadzie bezspornym się wydaje, że przedmiotem tej korespondencji są z reguły oświadczenia woli stron tego postępowania (a więc dokonywane są czynności prawne w cywilistycznym tego słowa znaczeniu). Zamawiający nie wydaje w tym zakresie żadnych decyzji ani żadnych działań administracyjnych o charakterze władczym. W kontekście powyższego Urząd Zamówień Publicznych w ramach opracowania aplikacji miniPortal i systemu e-zamówienia wykorzystał aplikację ePUAP jako narzędzie wspomagające składanie ofert umożliwiające złożenie oświadczenia woli i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym. Co do zasady platforma ePUAP jest platformą przeznaczoną dla obywateli, tj. osób posiadających numer PESEL i służącą do komunikacji z organami administracji państwowej przez składanie wniosków, podań, skarg, pobieranie zaświadczeń, weryfikację danych zgromadzonych w systemach informatycznych. Jest ona ogólnie wykorzystywana do składania wszelkiego rodzaju wniosków do tychże organów i ich odbioru za pomocą ustandaryzowanych formularzy. Organy administracji państwowej i samorządowej nie kierują do obywateli korespondencji za pomocą aplikacji ePUAP i tym bardziej nie może ona stanowić podstawy do uznania, że korespondencja ta została skutecznie doręczona. Żaden przepis prawa cywilnego nie wiąże skutku doręczenia z samym faktem wprowadzenia korespondencji do systemu ePUAP. Nie czyni tego również art. 61 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, gdyż w tym zakresie obowiązują regulacje szczególne w postaci ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 670, 952, 1005) oraz akty wykonawcze do tej ustawy, w szczególności Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (t. j. z 2018 r. poz. 180 z późn. zm.). Wskazane powyżej akty prawne regulują w sposób szczegółowy sposób przekazywania za pomocą platformy ePUAP dokumentów elektronicznych, w tym sposób potwierdzania przez adresatów faktu otrzymania korespondencji. Ze względu na charakter tychże przepisów stanowią one normy o charakterze *lex specialis* w stosunku do norm ogólnych ujętych w aktach prawa cywilnego, w szczególności ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Nawet, gdyby przyjąć stosowanie w tym zakresie przepisów ustawy Kodeks cywilny, z czym Odwołujący się nie zgadza, to zgodnie z brzmieniem przywołanych art. 61 § 1 i 2 (określających chwilę złożenia oświadczenia woli) Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub

wcześniej oraz Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią – przepisy wskazanego wyżej Rozporządzenia zawierają regulacje szczególne w stosunku do ww. przepisów. Nadto aby po stronie Zamawiającego doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli to ostatnie musiałoby zostać złożone w przewidzianej prawem formie, a same przepisy szczególne odnoszące się do komunikacji realizowanej za pomocą platformy ePUAP wymagają złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego, podpisu zaufanego lub przynajmniej pieczęci elektronicznej. Sięgając do regulacji ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 670, 952, 1005) należy wskazać, że w Rozdziale 1 zatytułowanym "Przepisy ogólne" w art. 1 został określony zakres przedmiotowy regulacji. Zgodnie z treścią art. 1 pkt 8 ustawa ta określa m.in. zasady: funkcjonowania elektronicznej platformy usług administracji publicznej, zwanej dalej „ePUAP”. Jak wynika z analizy przepisów powyższego aktu prawnego zasadniczą funkcją tej platformy jest obsługa obywateli umożliwiająca generowanie, wypełnianie i wysyłanie ustandaryzowanych interaktywnych formularzy umożliwiających załatwianie spraw urzędowych. Do takiej jej roli odnoszą się m.in. definicje ustawowe zawarte w art. 3 pkt 25 i 26 ww. ustawy zawierające definicje: w pkt 25) formularza elektronicznego, którym jest: oprogramowanie służące do przygotowania i wygenerowania dokumentu elektronicznego zgodnego z odpowiadającym mu wzorem dokumentu elektronicznego, mogące stanowić część usługi udostępnionej na ePUAP lub w innym systemie teleinformatycznym; w pkt 26) zakresu użytkowego dokumentu elektronicznego, którym są: dane zawarte w dokumencie elektronicznym niezbędne do załatwienia określonego rodzaju spraw za pośrednictwem usługi udostępnionej na ePUAP lub w innym systemie teleinformatycznym. Jak wynika z treści art. 16a ust. 1 pkt 3 ww. ustawy: W przypadku gdy w przepisach prawa został wskazany organ właściwy do określenia wzoru dokumentu, jeżeli przepisy te nie wykluczają przesyłania dokumentów drogą elektroniczną, organ ten: udostępnia na ePUAP lub w innym systemie teleinformatycznym formularz elektroniczny umożliwiający wygenerowanie dokumentu elektronicznego w celu złożenia go za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z treścią art. 19d. Podmioty udostępniające usługi na ePUAP zapewniają ich zgodność z przepisami stanowiącymi podstawę sporządzenia wzoru dokumentu elektronicznego oraz dokonują aktualizacji tych usług w katalogu usług. Platforma ta nie służy, co do zasady, poza złożeniem oferty lub wniosku w postępowaniu, jak również odwołania oraz przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do wysyłania oświadczeń woli w znaczeniu cywilistycznym. Nawet korespondencja w ramach

postępowania odwoławczego kierowana przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie jest kierowana do stron i uczestników tego postępowania przy wykorzystaniu skrzynki podawczej na platformie ePUAP. Departament Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych do korespondencji wykorzystuje pocztę elektroniczną przesyłając dokumenty w formie dokumentowej, zaś ich treść potwierdza przesyłając wezwania i powiadomienia w formie pisemnej przy wykorzystaniu operatora pocztowego. Jedynym wyjątkiem w zakresie komunikacji organów administracji publicznej z obywatelami wykorzystującym elektroniczną skrzynkę podawczą na platformie ePUAP są oświadczenia składane przez te organy w ramach postępowania administracyjnego oraz podatkowego, jednakże w ramach tej wymiany korespondencji został wprowadzony odrębny mechanizm potwierdzania jej otrzymania przy wykorzystaniu tzw. Urzędowego Poświadczenia Doręczenia, tj. dokument w formacie XML wydawanego przez adresata i opatrzonego bezpiecznym podpisem potwierdzającym odebranie pisma, wezwania, decyzji (także e-paczki). O takim poświadczeniu jest mowa w treści § 6 Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych wydanego na podstawie art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Ten akt prawny reguluje w sposób szczegółowy warunki organizacyjno-techniczne doręczania dokumentów elektronicznych, w tym reguły tworzenia elektronicznej skrzynki podawczej; formę urzędowego poświadczenia odbioru dokumentów elektronicznych przez adresatów oraz sposób sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych. Oprócz doręczania korespondencji w postępowaniu administracyjnym oraz podatkowym (wspomniany wyżej § 6 ww. rozporządzenia) w jego treści zostały uregulowane procedury doręczeń dokumentów elektronicznych - a tym samym doręczania oświadczeń woli przy wykorzystaniu platformy ePUAP. Jedynie w przypadku korespondencji kierowanej na adres poczty elektronicznej podmiotu publicznego, zgodnie z treścią § 9 ww. Rozporządzenia, traktuje się jako przesyłki złożone w trybie niewymagającym potwierdzenia wniesienia podania. We wszystkich innych wypadkach w powyższym akcie prawnym każda korespondencja kierowana od i do podmiotu publicznego za pomocą platformy ePUAP wymaga wygenerowania dokumentu potwierdzającego jej doręczenie (poświadczenie przedłożenia lub możliwości wygenerowania dokumentu w postaci papierowej sporządzonego przez adresata - § 11), jak również wprowadza konieczność opatrzenia tychże dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem potwierdzonym profilem zaufanym ePUAP lub opatrzonym kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną (§ 5 oraz § 11 ww. Rozporządzenia) – a więc określa formę tych

oświadczeń. Dodatkowo zgodnie z regulacjami Rozporządzenia Ministra Cyfryzacji z dnia 5 października 2016 r. w sprawie zakresu i warunków korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej § 10. 1. Podmioty publiczne mogą wykorzystywać do świadczenia usług w postaci elektronicznej w szczególności następujące funkcje ePUAP: pkt 10) wystawianie: a) urzędowego poświadczenia odbioru, b) elektronicznego poświadczenia opłaty, c) elektronicznego znacznika czasu – z uwzględnieniem funkcjonalności ePUAP gwarantujących niezaprzeczalność tych poświadczeń. Wszystkie te regulacje tworzą łącznie teorię doręczeń realizowaną przy wykorzystaniu elektronicznej skrzynki podawczej funkcjonującej w ramach platformy ePUAP oraz wszelkich aplikacji publicznych realizujących swoje funkcjonalności za pomocą ePUAP, w tym miniPortalu wykorzystywanego do obsługi procesu składania ofert. Stąd też skierowanie do Odwołującego trzech kolejnych pism na elektroniczną skrzynkę podawczą było, po pierwsze, niezgodne z adresem do doręczeń wskazanym w treści formularza ofertowego, po drugie Zamawiający nie zagwarantował instytucji potwierdzenia otrzymania korespondencji umożliwiającego ocenę faktu jej doręczenia, nie opatrzył również skierowanego do Odwołującego oświadczenia żadnym podpisem wymaganym szczególnymi regulacjami aktów wykonawczych do ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Mając na uwadze powyższe wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie zostały skutecznie doręczone Odwołującemu i tym samym czynność odrzucenia jego oferty została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, że jak wynika z dokumentacji postępowania zawierającej opis przedmiotu zamówienia autorem „Koncepcji programowo – przestrzennej dla inwestycji „BUDOWA BUDYNKU ZAKŁADU OPIEKUŃCZO-LECZNICZEGO PRZY UL. MEHOFFERA 72/74, W DZIELNICY BIAŁOŁĘKA M. ST. WARSZAWA” (dalej: „Koncepcja”) jest pracownia SZLIS ARCHITEKT. Na ostatniej stronie ww. Koncepcji (str. 10) znajduje się następująca adnotacja: Opracowanie: Pracownia projektowa SZLIS Architekt ul. Jagiellońska 78 lok. 1.20, 03-301 Warszawa tel. 607379763. Zamawiający pismem z dnia 01.09.2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz jednocześnie odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu dokonanej czynności zostało wskazane, że: za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy J.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SZLIS ARCHITEKT J.S., ul. Małego Rycerza 6A, 03-287 Warszawa otrzymując łącznie 100 pkt przyznanych w oparciu o kryteria oceny ofert. W uzasadnieniu faktycznym oraz prawnym dla wyboru oferty najkorzystniejszej: Wykonawca SZLIS ARCHITEKT J.S. nie podlega wykluczeniu z postępowaniu a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta zawiera najwyższą ocenę w kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł dalej, że analiza danych w bazie REGON Głównego Urzędu Statystycznego wskazuje, iż p. J.S. prowadzi działalność pod trzema adresami, tj. ul. Biała 3, 00-895 Warszawa, ul. Jagiellońska 78 lok. 1.20, 03-301 Warszawa oraz ul. Małego Rycerza 6A, 03-287 Warszawa. W ocenie Odwołującego wybór oferty wykonawcy J.S. jest obarczony wadą, gdyż doszło do zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu ze względu na zakłócenie konkurencji spowodowane wcześniejszym zaangażowaniem go w przygotowanie postępowania i polegającego na opracowaniu dokumentu w postaci Koncepcji programowo – przestrzennej dla inwestycji „BUDOWA BUDYNKU ZAKŁADU OPIEKUŃCZO-LECZNICZEGO PRZY UL. MEHOFFERA 72/74, W DZIELNICY BIAŁOŁĘKA M. ST. WARSZAWA. Koncepcja ta określa sposób realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego, technologie objęte zakresem projektowym, jak również w toku jej przygotowania umożliwiła jej wykonawcy (p. J.S.) pozyskanie szeregu informacji, w tym wartości szacunkowej zamówienia, które stawiają tego wykonawcę na uprzywilejowanej pozycji w procesie ubiegania się o zamówienie, jak również w toku jego realizacji. Kwestia ta była przedmiotem orzecznictwa wydanego w oparciu o nieobowiązujący przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Celem porównania orzecznictwa opartego o treść art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz treści normy prawnej ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, która została powiązana z treścią art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych konieczne jest porównanie norm prawnych ujętych w powyższych przepisach. Zgodnie z treścią nieobowiązującego już art. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią obowiązującego obecnie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być

wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednakże powyższa norma prawna, przez ujęte w niej odesłanie, jak również przy wykorzystaniu wykładni systemowej i celowościowej, jest niepełna i tym samym do pełnej konstrukcji wymaga posiłkowania się treścią art. 85 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy Pzp, który stanowi, że: 1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji oraz w ustępie 2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Analiza porównawcza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, iż istota oparta na zaangażowaniu w przygotowanie postępowania i tym samym zakłócenie konkurencji pozostała bez zmian. Odmienne jest jedynie doprecyzowanie kwestii obejmujących działania podmiotu zamawiającego, które mają temu zakłóceniu przeciwdziałać. Zasadne jest zatem, przy analizie niniejszego stanu faktycznego, oparcie się na orzecznictwie odnoszącym się do art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Teza ta oparta jest o fakt, iż oba przepisy (ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych) wywodzą się z tych samych regulacji Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony należy uznać pogląd, iż ustawodawca wskazując w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp „chyba, że spowodowane tym zakłócenie konkurencji” przesądził, iż udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, w którym następnie składa ofertę, zawsze spowoduje zakłócenie konkurencji. Tym samym wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, kiedy brał udział w przygotowaniu tego postępowania, zawsze będzie musiał obalić domniemanie zakłócenia

konkurencji. W orzecznictwie Izby za ugruntowany należy uznać także pogląd, iż udział wykonawcy lub osób pracujących na jego rzecz, biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie zamawiającego, stwarza przypuszczenie, które wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy pzp może zostać wyeliminowane przez wykonawcę w toku postępowania przez złożenie wyjaśnień i dowodów (tak też wyrok KIO 216/18 z dnia 1 marca 2018 r. czy KIO 1075/18 z dnia 26 czerwca 2018 r.). Izba w wyroku z dnia 25 października 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1974/18 wyraziła pogląd, iż zarówno przepisy Dyrektywy 2014/24/UE, a w ślad za nimi art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp oraz powiązany z nim art. 24 ust. 10 pzp i art. 31d pzp, nie precyzują, który podmiot jest wyłącznie odpowiedzialny za podjęcie działań przeciwdziałających zakłóceniu konkurencji, w przypadku udziału wykonawcy biorącego wcześniej, bezpośrednio lub pośrednio, udział w przygotowaniu postępowania. W ocenie KIO takie działania mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego (np. przez wskazywane w regulacjach Dyrektywy klasycznej i przepisach krajowych przekazanie wszelkich niezbędnych informacji, a także wyznaczenie odpowiedniego terminu na składanie ofert), bądź następnie przez wykonawcę, poprzez udowodnienie, że jego udział nie zakłóci konkurencji, a więc, że istnieją obiektywne przesłanki za tym przemawiające. We wskazanym wyroku Izba uznała, iż w kwestii domniemania ujętego w treści normy art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp, jako wyjątek od zawartej w nim zasady zakłócenia konkurencji, ze względu na udział wykonawcy lub jego personelu w przygotowaniu postępowania, założyć można, że do jego powstania nie dochodzi w sytuacji, kiedy zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy (czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych). Wówczas, zdaniem KIO, zakłócenie eliminowane jest już na etapie przygotowania postępowania, a więc następnie przez samego zamawiającego, co jednocześnie zwalnia wykonawcę od konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie. W kontekście obalenia domniemania zakłócenia konkurencji przez samego wykonawcę, Izba wskazywała przede wszystkim rolę art. 24 ust. 10 pzp i podkreślała, iż wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania nie może przybrać charakteru czynności automatycznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 992/18, z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2037/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1974/18). Jednocześnie sygnalizowała, iż ustawodawca zapewnił wykonawcy w takiej sytuacji również możliwość skorzystania z instytucji samooczyszczenia i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zgodnie z art. 24 ust. 8 pzp (wyrok z dnia 26

czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1075/18). Artykuł pt.: „Wykluczenie z powodu udziału w przygotowaniu postępowania Monitor Zamówień Publicznych” Cykl: „Z orzecznictwa KIO” 24 kwietnia 2020 Nr 183 (Kwiecień 2020) źródło: <https://www.monitor-zamowien.pl/artukul/wykluczenie-z-powodu-udzialu-w-przygotowaniu-postepowania>.

W orzecznictwie za ugruntowany można uznać pogląd, że art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp wprowadza domniemanie zakłócenia konkurencji w przypadku udziału w przygotowaniu postępowania wykonawcy lub jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług niezależnie od wymiaru, zakresu, formy czy też rodzaju tego udziału. Na powyższe Izba zwróciła uwagę m.in. w wyrokach z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO: 1075/18, z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2038/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1974/18.

Tym samym odpowiednie środki przeciwdziałające zakłóceniu konkurencji może podjąć sam podmiot zamawiający (co nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu), jak również wykonawca – co musi przez tego ostatniego zostać udowodnione. Ponadto jak wynika wprost z Dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) nieistotną okolicznością jest jaki rodzaj więzi istnieje pomiędzy wykonawcą a podmiotem, który brał udział w przygotowaniu postępowania ani też jakie czynności były wykonywane w jego toku. Za taką interpretacją przemawia również art. 57 ust. 4 lit. f oraz art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (tzw. Dyrektywa klasyczna). Zgodnie z treścią art. 57 ust. 4 lit. f przywołanej dyrektywy, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, między innymi w sytuacji, kiedy zakłócenie konkurencji, wynikające z wcześniejszego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej dolegliwych środków. Z kolei w myśl art. 41 Dyrektywy klasycznej, jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej, niezależnie od tego, czy odbywa się to w trybie wstępnych konsultacji rynkowych (art. 40 Dyrektywy klasycznej) czy nie, bądź też w inny sposób są zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas instytucja zamawiająca zobowiązana jest do podjęcia odpowiednich środków, celem zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie spowoduje zakłócenia konkurencji, ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości postępowania. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienionych w ramach, albo w wyniku

zaangażowania kandydata, bądź oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym wykluczeniem podmioty te muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu, wymaganym w myśl art. 84 Dyrektywy klasycznej. Artykuł pt.: "Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania z uwagi na uczestnictwo w przygotowaniu tego postępowania – rozwiązaniem ostatecznym" w Portal Zamówienia źródło: <https://zamowienia.org.pl/wykluczenie-wykonawcy-bioracego-udzial-w-przygotowaniu-postepowania-z-uwagi-na-uczestnictwo-w-przygotowaniu-tego-postepowania-rozwiazaniem-ostatecznym/>

W ocenie Odwołującego sposób uprzywilejowania wykonawcy J.S. nie pozwalał na wyeliminowanie zakłócenia konkurencji przez tak proste zabiegi jak ustanowienie wystarczająco długiego terminu na składanie ofert, czy przekazanie informacji posiadanych przez ww. wykonawcę. Otóż sposób zakłócenia konkurencji w tym wypadku był bardziej daleko idący i niezwykle trudny do wyeliminowania. Obejmuje on bowiem wskazanie konkretnych technologii w Koncepcji, przy uwzględnieniu znajomości maksymalnego budżetu Zamawiającego przeznaczonego na realizację przedmiotu zamówienia, znajomość przez projektanta założeń do przyjętych rozwiązań ujętych w Koncepcji, znajomość technologii przewidzianych w tym dokumencie i możliwość wyrażenia przez samego siebie zgody na ich zmianę ułatwiła wykonawcy J.S. proces ofertowania i konstruowania ceny ofertowej. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie podjął odpowiednich działań na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, jak również nie wezwał wykonawcy p. J.S. do wykazania na podstawie art. 85 ust. 2 zdanie 2 ustawy pzp (dosł. udowodnienia), że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Stąd też na tym etapie postępowania jedynym sposobem zniwelowania zaistniałego zakłócenia konkurencji jest odrzucenie oferty na skutek wykluczenia wykonawcy J.S. z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Jak wynika z orzecznictwa z obszaru zamówień publicznych, w tym orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2021 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 2278/21 opracowanie elementów opisu przedmiotu zamówienia może mieć wpływ na zakłócenie konkurencji. Choć orzeczenie to zostało wydane w oparciu o przepis art. 24

ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych istniejący stan faktyczny pozwala na jego powołanie do oceny zaangażowania p. J.S. w przygotowanie niniejszego postępowania. W tym orzeczeniu (na chwilę sporządzania odwołania nie zostało jeszcze sporządzone i opublikowane uzasadnienie tego orzeczenia) Izba nakazała wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wobec okoliczności wskazania w wykazie osób przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia osoby (zaangażowanej na podstawie umowy cywilnoprawnej), która opracowała program funkcjonalno – użytkowy. Kierując się zasadą argumentum ad minore ad maius jeżeli już tylko zaangażowanie osoby trzeciej do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej zakłóca konkurencję w taki sposób, że można to zakłócenie wyeliminować tylko przez wykluczenie wykonawcy, to tym bardziej takie skutek wywiera osobiste zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania (tożsamość podmiotowa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia i przygotowującego postępowanie). Posiadanie w swoim zasobie kadrowym (a tym bardziej tożsamość podmiotowa podmiotu przygotowującego postępowanie i ubiegającego się o nie) przez któregokolwiek z wykonawców osoby, która wykonywała Koncepcję, na podstawie której ogłoszono postępowanie przetargowe, dawało kolejną przewagę rynkową w postaci możliwości konsultowania rozwiązań, technologii i urządzeń zamiennych, w stosunku do tych, które znajdowały się w opracowanej Koncepcji. Jednocześnie mogąc zoptymalizować koszty już na etapie ofertowania, posiadając wiedzę, że autor dokumentacji (na etapie nadzoru autorskiego) zgodzi się na zmiany w toku realizacji było kolejnym czynnikiem dającym takiemu wykonawcy przewagę konkurencyjną – a więc de facto zakłócającą konkurencję.

W tym wypadku dochodzi również do ewidentnego konfliktu interesów na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Pan J.S. posiada, jako autor Koncepcji, niezbywalne autorskie prawa osobiste (prawo do autorstwa utworu, dokonywania w nim zmian oraz zgody na wykorzystanie utworu niezgodnie z pierwotnym przeznaczeniem). Poza tym posiada inne majątkowe prawa autorskie dające mu przewagę rynkową nad pozostałymi wykonawcami. Czyli podczas realizacji zadania inwestycyjnego (prac projektowych) będzie jednocześnie reprezentować interesy zarówno Zamawiającego (Inwestora - podmiotu zlecającego wykonanie Koncepcji), jak i projektanta – będącego jednym z uczestników procesu inwestycyjnego. Ta wielopoziomowa zależność powoduje, że jako autor koncepcji przy realizacji prac projektowych będzie mógł zmniejszyć pracochłonność tych prac, wykorzystać rozwiązania projektowe nie przewidziane w Koncepcji wyrażając sam zgodę na takie zmiany – a tym samym znajdując się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych

wykonawców uzyskać dzięki wcześniejszemu zaangażowaniu w przygotowanie postępowania wymierne korzyści ekonomiczne. I tak np. przy opracowaniu dokumentacji projektowej to autor Koncepcji (a więc ten sam podmiot) będzie w pierwszej kolejności oceniać zgodność projektów z tym ostatnim dokumentem, a następnie wyrażać zgodę na proponowane rozwiązania i zamienne opracowania (w zakresie technologii, materiałów, urządzeń itp.). Wykonawca będzie dążył do jak najniższych kosztów realizacji i optymalizacji - jednocześnie w Jego zespole projektowym będzie obecna ta osoba, która te rozwiązania będzie opracowywała a następnie akceptowała.

Wszystkie te konsekwencje wskazują na wystąpienie, nie tylko hipotetycznego, lecz realnego zakłócenia konkurencji w prowadzonym postępowaniu. Zakłócenie to, w ocenie Odwołującego, na tym etapie postępowania jest niemożliwe do wyeliminowania – stąd jedynym możliwym rozwiązaniem jest wykluczenie wykonawcy J.S. i odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, a na posiedzeniu z udziałem Stron wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

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 ustaliła, że w dniu 8 września 2021 r. Zamawiający powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu odwołania i przekazał jego kopię przez skrzynkę ePUAP.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego co do umocowania pełnomocnika Odwołującego. Zamawiający podnosił, że odwołanie zostało sporządzone na papierze firmowym Grupy Masovia sp. z o.o. ze wskazaniem, że Odwołujący jest reprezentowany przez ww. Spółkę. W ocenie Zamawiającego powyższe nie korespondowało z treścią

pełnomocnictwa, którym zostały umocowane osoby fizyczne. Zamawiający podnosił, że nie może zweryfikować, czy osoby wskazane w pełnomocnictwie występują w ramach Grupy Masovia, dlatego też uznaje, że Odwołujący nie jest należycie reprezentowany.

Izba postanowiła nie uwzględnić zastrzeżeń Zamawiającego i dopuścić stawających pełnomocników do udziału w postępowaniu odwoławczym. W ocenie Izby, umocowanie pełnomocnika Odwołującego wynikało z treści pełnomocnictwa udzielonego przez osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez osobę wskazaną w pełnomocnictwie do samodzielnej reprezentacji, a treść pełnomocnictwa korespondowała z przedmiotowym postępowaniem. Niewątpliwie, kwestia czy osoby wskazane w treści pełnomocnictwa należą do Grupy Masovia pozostaje irrelevantna dla uznania skuteczności pełnomocnictwa udzielonego osobie, która podpisała odwołanie i stawiła się w imieniu Odwołującego na posiedzenie i rozprawę.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie.

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

Odwołanie podlegało oddaleniu.

I. Zarzut z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu 1 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem VI SWZ: INFORMACJE O ŚRODKACH KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ, PRZY UŻYCIU KTÓRYCH ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE KOMUNIKOWAŁ SIĘ Z WYKONAWCAMI, ORAZ INFORMACJE O WYMAGANIACH TECHNICZNYCH I ORGANIZACYJNYCH SPORZĄDZANIA, WYSYŁANIA I ODBIERANIA KORESPONDENCJI ELEKTRONICZNEJ: „1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu: 1) mini portalu <https://miniportal.uzp.gov.pl/oraz> ePUAPu <https://epuap.gov.pl/wps/portal>, 2) poczty elektronicznej: przetargi@scol.warszawa.pl, - z zastrzeżeniem, iż oferta może zostać przekazana wyłącznie za pomocą pkt 1). 2. Osoby do kontaktu z wykonawcami w sprawach formalnych: K.M. tel. 22/ 811 06 88 wew. 270 w godzinach 8.00-15.00 od poniedziałku do

piątku; 3. Zgodnie z § 11 ust. 2 Rde Zamawiający udostępnia poniżej informacje na temat specyfikacji połączenia, formatu, przesyłanych danych oraz szyfrowania i oznaczania przekazania i odbioru danych: 1) Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji; 2) Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z mini Portalu oraz Regulaminie ePUAP; 3) Maksymalny rozmiar plików przesyłanych za pośrednictwem dedykowanych formularzy do: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do komunikacji wynosi 150 MB; 4) Za datę przekazania oferty, wniosków, zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę ich przekazania na ePUAP; 5) Identyfikator postępowania dla danego postępowania o udzielenie zamówienia dostępne są na Liście wszystkich postępowań na mini Portalu: <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania>. 4. W korespondencji kierowanej do Zamawiającego Wykonawcy powinni posługiwać się numerem przedmiotowego postępowania.”

W Rozdziale VII pkt 4 SWZ: „Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na Platformie ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. W formularzu oferty wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.”

Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał jako osobę uprawnioną do kontaktu z Zamawiającym: „K.K., e-mail K. @mwtechnic.pl”

Do oferty Odwołujący dołączył pełnomocnictwo dla Pana K.Z. Z treści pełnomocnictwa wynikało: „Umocowanie obejmuje możliwość dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu, w szczególności: negocjacje, podpisanie i złożenie w imieniu Wykonawcy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty, wraz z załącznikami, w tym również wszystkich dokumentów związanych ze złożeniem wniosku oraz oferty, składanie w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z postępowaniem, w tym poświadczania za zgodność z oryginałem kopii załączanych dokumentów, zadawanie Zamawiającemu pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści wniosku oraz oferty oraz

innych dokumentów składanych w postępowaniu, wnoszenie w imieniu Wykonawcy przysługujących mu środków ochrony prawnej i przystąpień oraz prowadzenia korespondencji związanej z postępowaniem.”

Jak wynika z wydruku z mini portalu o nazwie „Szczegóły postępowania” oferta Odwołującego została złożona przez ePUAP w dniu 12 sierpnia 2021 o godz. 08:25.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający wskazał w wezwaniu dodatkowo: *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami w szczególności składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez mini Portal (Formularz do komunikacji). We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się numerem ogłoszenia lub numerem postępowania. Zamawiający może również komunikować się z wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej, email: przetargi@scol.warszawa.pl Prosimy o złożenie podmiotowych środków dowodowych do 24 sierpnia 2021 r. do godz. 09:00.”*

Pismem z dnia 23 sierpnia 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego o dokumenty o treści jak wyżej z terminem do dnia 30 sierpnia 2021 r.

W dniu 1 września 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie o treści jak wyżej w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp z terminem do dnia 1 września 2021 r. do godz. 15:00.

Powyższe wezwania zgodnie z wydrukiem pod nazwą „ZGŁOSZENIE SPRAWY OD ZAMAWIAJĄCEGO DO WYKONAWCY” zostały przekazane na skrzynkę EUPAP o nazwie: *„NAZWA: K.Z. ADRES SKRZYNKI EPUAP: /K.Z.870512/domyslna”*

Wezwania skierowane do Odwołującego zawierały adnotację o zatwierdzeniu przez Zarząd Spółki. W dokumentacji postępowania znajdują się wezwania podpisane odręcznymi podpisami przez Zarząd Spółki.

Z dowodu złożonego przez Zamawiającego na rozprawie – wydruku ze skrzynki ePUAP Zamawiającego wynika, że wezwania zostały nadane do Odwołującego odpowiednio w dniu 18 sierpnia 2021 r., 24 sierpnia 2021 r. oraz 1 września 2021 r. na skrzynkę ePUAP: K.Z.

Pismem z dnia 1 września 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty: „SZLIS ARCHITEKT J.S., ul. Małego Rycerza 6A, 03-287 Warszawa. Uzasadnienie faktyczne oraz prawne dla wyboru oferty najkorzystniejszej: Wykonawca SZLIS ARCHITEKT J.S. nie podlega wykluczeniu z postępowaniu a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta zawiera najwyższą ocenę w kryterium oceny ofert. Zgodnie z powyższym Zamawiający wybiera ofertę Wykonawcy na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.”

Ponadto, poinformował o odrzuceniu oferty Wykonawcy HVAC System M.T., ul. Gajowa 38J/1, 05-091 Ząbki na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując: „Uzasadnienie faktyczne oraz prawne odrzucenia: Zamawiający przekazał Wykonawcy Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274. ust. 1 ustawy pzp z zachowaniem terminów ustawowych za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez mini Portal (Formularz do komunikacji). Po nie otrzymaniu dokumentów wskazanych na wezwanie, Zamawiający powtórzył czynność na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp-brak ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt c) jeżeli Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie powyższych dokumentów.”

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego została nadana do Odwołującego przez skrzynkę ePUAP w dniu 1 września 2021 r. wraz z adnotacją o zatwierdzeniu przez Zarząd Spółki. W dokumentacji postępowania znajdują się ww. pisma podpisane odręcznymi podpisami przez Zarząd Spółki.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.”

Przedmiotem sporu w odniesieniu do zarzutu 1 odwołania była kwestia prawidłowości sposobu przekazania wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu kierowanych do Odwołującego. Bezsporne

między Stronami było, że na powyższe wezwania Odwołujący nie odpowiedział. Ocena prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający był zobowiązany przekazać wezwania na adres e-mail podany przez Odwołującego w ofercie, jak podnosił Odwołujący, czy wystarczającym dla uznania ich skuteczności było nadanie wezwań przy użyciu skrzynki ePUAP. W ocenie Izby, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych zostały przekazane w sposób prawidłowy, zgodny z przewidzianymi w SWZ kanałami komunikacji, a Odwołujący był zobowiązany na nie odpowiedzieć. Argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu okazała się niezasadna z kilku powodów.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 67 ustawy pzp: *„Zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.”* Jak wynika z poczynionych ustaleń faktycznych, Zamawiający określił sposób komunikacji w Rozdziale VI oraz VII SWZ. Zgodnie z ich treścią Zamawiający przewidział, że komunikacja w postępowaniu może być prowadzona przy użyciu dwóch kanałów komunikacji: skrzynki ePUAP, a także adresu Zamawiającego: przetargi@scol.warszawa.pl. W ocenie Izby, z postanowień dotyczących porozumiewania się w postępowaniu nie sposób wywieść, że Zamawiający był zobowiązany kierować wezwania dwutorowo: zarówno przy użyciu skrzynki ePUAP jak i poprzez pocztę elektroniczną. Okoliczność, że Zamawiający wskazał dwa sposoby komunikacji, w dwóch odrębnych punktach oddzielonych przecinkiem nie uprawnia do takiej interpretacji. Co więcej, wskazanie w pkt 2) adresu Zamawiającego, a nie wyłącznie „poczty elektronicznej” daje podstawę do twierdzenia, że Zamawiający dopuszczał kierowanie przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu na adres poczty elektronicznej Zamawiającego przykładowo zapytań o wyjaśnienie treści SWZ. Izba zwraca uwagę, że stan faktyczny sprawy KIO 1520/21, na którą powoływał się Odwołujący różnił się od będącego przedmiotem niniejszego postępowania. W przywołanej sprawie Zamawiający określił dwa kanały komunikacji przy użyciu: *„ePUAPu, dostępnego pod adresem: <https://epuap.gov.pl/wps/portal> oraz poczty elektronicznej”*. Wskazanie „oraz” pomiędzy dwoma kanałami komunikacji determinowało obowiązek kierowania korespondencji w postępowaniu równoległe - zarówno przez ePUAP jak i pocztę elektroniczną. Izba podziela stanowisko wyrażone w ww. wyroku, jednak rozważania dotyczące konkretnych treści SWZ

poczynione w uzasadnieniu orzeczenia nie znajdują zastosowania wobec odmiennego stanu faktycznego niniejszej sprawy. Wykładnia postanowień SWZ w tym postępowaniu nie pozwala również na przyjęcie za prawidłowe twierdzenia Odwołującego, że wezwania powinny zostać skierowane wyłącznie na adres e-mail Odwołującego podany w ofercie. Zamawiający w Rozdziale VII pkt 4 SWZ wskazał jednoznacznie, że: *„W formularzu oferty wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.”* Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie był on zobowiązany do posiadania skrzynki na ePUAP. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że oferta w postępowaniu musi zostać złożona przez ww. platformę, a wykonawcy są zobowiązani do posiadania konta na ePUAP, na którym będzie prowadzona korespondencja związana z postępowaniem. Argumentacja Odwołującego, że Odwołujący nie posiadał skrzynki na ePUAP i dlatego nie wskazał jej w formularzu ofertowym jest nielogiczna, gdyż ofertę w postępowaniu Odwołujący złożył właśnie przez ePUAP, w konsekwencji czego Zamawiający uzyskał wiedzę o nazwie skrzynki Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący upoważnił Pana K.Z. pełnomocnictwem dołączonym do oferty m.in. do prowadzenia korespondencji związanej z postępowaniem. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie przywołane okoliczności wskazują, że Zamawiający zamierzał prowadzić korespondencję w postępowaniu za pomocą platformy ePUAP, dopuszczając alternatywny kanał komunikacji pocztą elektroniczną na podany przez Zamawiającego adres mailowy. Odwołujący powinien więc przewidzieć, że korespondencja w postępowaniu może zostać do niego skierowana przez platformę ePUAP i tą skrzynkę monitorować. Izba zauważa, że jeśli Odwołujący miał zastrzeżenia co do obowiązku posiadania konta na ePUAP i sposobu komunikacji ustalonego w treści SWZ, mógł w tym zakresie złożyć środek ochrony prawnej na etapie ogłoszonego postępowania, czego jednak nie uczynił. Tym samym, podnoszoną obecnie argumentację Odwołującego odnoszącą się do przeznaczenia platformy ePUAP, czy też naruszenia zasady równego traktowania, należało uznać za spóźnioną.

Odnosząc się do zarzutu braku przedstawienia przez Zamawiającego potwierdzenia doręczenia wezwań kierowanych do Odwołującego to w ocenie Izby, mając na względzie że Zamawiający wykorzystał platformę ePUAP do komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zastosowanie znajdzie art. 61 par 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny – dalej „kc” (t. j. Dz. U. z 2020, poz. 1740 z późn. zm.): *„Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”* Zauważyć należy, że ww. przepis miałby również zastosowanie do uznania skuteczności doręczenia w przypadku przesłania wezwań poprzez pocztę

elektroniczną, jak oczekiwał tego Odwołujący. W ocenie Izby, skoro Zamawiający skierował wezwania na skrzynkę ePUAP, z której otrzymał ofertę Odwołującego to należało uznać, że zostały one wprowadzone do systemu w taki sposób, że Odwołujący mógł zapoznać się z ich treścią. Dowody nadania wezwań zostały przedstawione przez Zamawiającego. Domniemanie skuteczności doręczenia mógł obalić Odwołujący, czego jednak nie uczynił. Zauważyć należy, że Ustawodawca nie określił w ustawie pzp odmiennej, szczególnej metody ustalania skuteczności doręczenia pism kierowanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W art. 68 ustawy pzp uregulowano, że: *„Przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3, oraz prac konkursowych odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.”* Ustawodawca wymaga zatem, aby środki komunikacji elektronicznej, poprzez które składane są oferty, wnioski itp. zapewniały możliwość zapoznania się z ich treścią. Skoro zatem nie jest konieczne dodatkowe potwierdzenie doręczenia oferty, którą wprowadzono na platformę, a jedynie środki komunikacji elektronicznej mają zapewniać możliwość zapoznania się z ich treścią, to tym bardziej nie można stawiać takiego wymagania w odniesieniu do pism kierowanych w toku postępowania przez zamawiającego do wykonawców. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadza się wyłącznie do dalszego kwestionowania dopuszczalności komunikacji i prowadzenia korespondencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przy użyciu platformy ePUAP. Izba wskazuje ponownie, że jeśli Odwołujący uważał, że postanowienie Rozdziału VII pkt 4 SWZ nie pozwalało na zastosowanie skutecznego mechanizmu doręczania pism, to mogło one zostać zakwestionowane poprzez złożenie stosownego odwołania na treść SWZ. Na obecnym etapie skuteczność doręczania korespondencji w przedmiotowym postępowaniu dla obu ustalonych w treści SWZ kanałów komunikacji powinna być określana tożsamo, zgodnie z przywołanym art. 61 ust. 2 kc.

Przechodząc natomiast do zarzutu braku podpisu na ww. wezwaniach to w pierwszej kolejności Izba wskazuje na niekonsekwencję Odwołującego, który z jednej strony twierdzi, iż wezwań w ogóle nie otrzymał, z drugiej natomiast podnosi, iż nie zostały one podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Zamawiającego. Bezspornym w zakresie tego zarzutu było, że Zamawiający przekazał wezwania do Odwołującego z adnotacją o zatwierdzeniu przez Zarząd. Zauważyć należy, że w dokumentacji przedmiotowego

postępowania tożsame wezwania zostały zatwierdzone przez osoby uprawnione do reprezentacji Zamawiającego, poprzez złożenie odręcznych podpisów. Nie jest więc tak, że czynności Zamawiającego nie zostały faktycznie przez Zarząd zatwierdzone. W ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że brak złożenia na wezwaniach kierowanych do Odwołującego podpisów czyni te wezwania nieskutecznymi. Izba zwraca uwagę, że ustawa pzp nie reguluje kwestii podpisów składanych przez zamawiającego na dokumentach pochodzących od zamawiającego w postępowaniu. Nie stawia tak rygorystycznych wymagań w zakresie komunikacji i wymaganych podpisów, w tym kwalifikowanych podpisów elektronicznych, jak w odniesieniu do wykonawców składających oferty i poszczególne dokumenty w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. (art. 52 ust. 1 ustawy pzp). Artykuł 61 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że komunikacja w postępowaniu prowadzona jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zauważyć należy, że Ustawodawca dopuszcza wręcz w postępowaniu komunikację ustną pod warunkiem jej udokumentowania (art. 61 ust. 2 ustawy pzp). Mając na względzie, że wezwania były kierowane do Odwołującego ze skrzynki ePUAP Zamawiającego to domniemywać należy, że pochodzą od Kierownika Zamawiającego i należy na nie odpowiedzieć. Zatwierdzenie czynności wezwania poprzez opatrzenie wezwań w wersji papierowej odręcznymi podpisami Zarządu znajduje się w dokumentacji postępowania. Izba zwraca uwagę, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego, na które Odwołujący złożył odwołanie została dokonana w tej samej formie, co nie jest kwestionowane przez Odwołującego jako nieskuteczne. Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego kierowanej do Odwołującego przekazał pisma z adnotacją o zatwierdzeniu przez Zarząd, natomiast w dokumentacji postępowania znajdują się odręczne podpisy Prezesa i Członka Zarządu. W ocenie Izby, argumentację Odwołującego, iż wezwania należy uznać za niebyłe z uwagi na brak podpisu Zamawiającego w wezwaniach kierowanych do Wykonawcy, należy uznać za nieuzasadnioną.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, który nie odpowiedział na trzykrotne wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

II. Zarzut z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy pzp

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 5 i 6 SWZ – OPZ: „5. W celu prawidłowego sporządzenia oferty Wykonawca powinien zapoznać się z załączoną do SWZ dokumentacją, tj koncepcją programowo- przestrzenną (Zał. nr 7 do SWZ) oraz uzyskać wszelkie informacje niezbędne do oceny ryzyka, trudności i wszelkich innych okoliczności, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia. 6. Dokumentacja projektowo- kosztorysowa ma zostać wykonana na podstawie załączonej koncepcji programowo- przestrzennej. Jeśli Wykonawca, chce nanieść zmiany, odbiegające od koncepcji, musi uzyskać akceptację Zamawiającego.”

Załącznik nr 7 do SWZ stanowił dokument o nazwie: „KONCEPCJA PROGRAMOWO-PRZESTRZENNA DLA INWESTYCJI: BUDOWA BUDYNKU ZAKŁADU OPIEKUŃCZO-LECZNICZEGO PRZY UL. MEHOFFERA 72/74, W DZIELNICY BIAŁOŁĘKA M. ST. WARSZAWA.” opracowana przez: „Pracownia projektowa SZLIS Architekt ul. Jagiellońska 78 lok. 1.20, 03-301 Warszawa.” Opracowanie składało się z OPISU przygotowanego na 9 str. i składającego się z następujących punktów: 1. OPIS OGÓLNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, 2. WYMAGANIA OGÓLNOBUDOWLANE I KONSTRUKCYJNE, 3. INSTALACJE ELEKTRYCZNE, 4. INSTALACJA WENTYLACJI, 5. INSTALACJA WODNO – KANALIZACYJNA, 6. INSTALACJA CENTRALNEGO OGRZEWANIA. Ponadto, do Opracowania dołączono rzuty o nazwach: ZAGOSPODAROWANIE TERENU, RZUT PARTERU, RZUT PIĘTRA +1, RZUT PIĘTRA -1, RZUT PIĘTRA +2, ELEWACJA WSCH_ZACH, ELEWACJA PŁN_PŁD, PRZEKRÓJ.

Zgodnie z par. 1 ust. 1 i 2 projektu umowy: „1. Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do realizacji: Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowo – kosztorysowej na budowę Drugiego Pawilonu Medycznego w Zakładzie Opiekuńczo – Leczniczym przy ul. Mehoffera72/74 w Warszawie na potrzeby lecznicze Zakładu, uzyskanie w imieniu Zamawiającego prawomocnej decyzji - pozwolenia na budowę obiektu oraz pełnienie nadzoru autorskiego w okresie realizacji inwestycji. 2. Zakres dokumentacji projektowej obejmować będzie wykonanie po 4 egzemplarze wersji papierowej oraz 1 egzemplarz w wersji elektronicznej przygotowanej na nośniku elektronicznym (pendrive) niżej wymienionej dokumentacji: 1) Projekt budowlany dla poszczególnych branż w zakresie zgodnym z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 1609) w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, w razie potrzeby uzupełniony o zbiorcze zestawienie kosztów, z prawem do wielokrotnego bezterminowego wykorzystania projektu oraz możliwością wprowadzenia nieistotnych zmian i realizacji

projektu ze zmianami. 2) Projekty wykonawcze we wszystkich niezbędnych branżach z prawem do wielokrotnego, bezterminowego wykorzystania projektu oraz możliwością wprowadzenia nieistotnych zmian i realizacji projektów ze zmianami. 3) Wszystkie niezbędne ekspertyzy, obliczenia, opinie, uzgodnienia i sprawdzenia projektowe. 4) Specyfikacje technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych dla poszczególnych branż, zawierające zbiory wymagań w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, obejmujące w szczególności wymagania w zakresie właściwości materiałów i technologii oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót, określenie zakresu prac, które powinny być ujęte w cenach poszczególnych pozycji przedmiaru. 5) Przedmiar robót zawierający opis robót budowlanych w kolejności technologicznej ich wykonania, z podaniem ilości jednostek przedmiarowych robót wynikających z dokumentacji projektowej oraz podstaw do ustalenia cen jednostkowych robót lub nakładów rzeczowych (nr i wydawca katalogu, nr tablicy i kolumny) opracowany na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz.U. z 2013 r., poz. 1129 z późn. zm.) 6) Kosztorys inwestorski szczegółowy opracowany na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz.U. 2004, nr 130, poz. 1389). 7) Pełnienie nadzoru autorskiego.”

W myśl par. 3 ust. 2 pkt 13 projektu umowy: „13) dokumentacja projektowo- kosztorysowa ma zostać wykonana na podstawie załączonej koncepcji programowo- przestrzennej- jakiegokolwiek naniesione zmiany wymagają akceptacji Zamawiającego. 14) Zamawiający zastrzega sobie, ostateczną akceptację/decyzję co do wyboru kolorystyki pomieszczeń, wykończenia oraz umeblowania nowego pawilonu.”

W odpowiedzi na pytanie nr 3: „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający jest w posiadaniu wersji edytowalnej (pliki *dwg) załączonej do SIWZ koncepcji architektonicznej i czy będzie ona udostępniona Wykonawcy. Brak wersji edytowalnej koncepcji uniemożliwi wykonanie projektu budowlanego w określonym SIWZ terminie (30 dni)” Zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. udzielił wyjaśnień, że: „Zamawiający jest w posiadaniu wersji dwg i udostępni wybranemu w postępowaniu Wykonawcy.”

W odpowiedzi na pytanie nr 7: „Czy Zamawiający dopuści wykonanie projektu na budowę drugiego Pawilonu Medycznego w ZOL przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie w

równoważnej technologii modułowej?” Zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. udzielił wyjaśnień, że: „Zamawiający dopuszcza wykonanie projektu w równoważnej technologii modułowej.”

Postępowanie zostało ogłoszone w dniu 26 lipca 2021 r., natomiast otwarcie ofert nastąpiło w dniu 12 sierpnia 2021 r. Termin na złożenie oferty wynosił więc 16 dni.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty: oferta SZLIS ARCHITEKT J.S. ul. Małego Rycerza 6A 03-287 Warszawa: cena ofertowa: 594 705,00 zł, termin: 14 dni, liczba pkt w kryteriach oceny ofert: 100,00 pkt, oferta Grupa MSP Sp. z o.o. Sp. k. ul. Ficowego 15 01-747 Warszawa: cena ofertowa: 608 850,00 zł, termin: 21 dni, liczba pkt w kryteriach oceny ofert: 78,20 pkt, oferta Odwołującego: cena ofertowa: 590 000,00 zł, termin: 14 dni, oferta odrzucona, oferta HVAC System M.T., Ul. Gajowa 38J/1 05-091 Ząbki: cena ofertowa: 470 000,00 zł, termin: 14 dni, oferta odrzucona.

Z dowodów złożonych przez Odwołującego – danych z wypisu w rejestrze REGON – wynika, że Pan J.S. prowadzi działalność gospodarczą w Warszawie pod adresem: ul. Biała 3, ul. Jagiellońska 78 oraz ul. Małego Rycerza 6A.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

W myśl art. 85 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. 2. Wykonawca

zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.”

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania.”*

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.’*

Na wstępie wskazania wymaga, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie czy okoliczność bezsporna jaką było przygotowanie dokumentu: KONCEPCJA PROGRAMOWO-PRZESTRZENNA DLA INWESTYCJI: BUDOWA BUDYNKU ZAKŁADU OPIEKUŃCZO-LECZNICZEGO PRZY UL. MEHOFFERA 72/74, W DZIELNICY BIAŁOŁĘKA M. ST. WARSZAWA przez Pana J.S. doprowadziła do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w konsekwencji czego oferta Pana J.S. powinna zostać odrzucona, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W cenie Izby, mając na względzie dokumentację postępowania, na tak zadane pytanie należało odpowiedzieć negatywnie z kilku powodów.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że nie podziela stanowiska Odwołującego, iż już samo przygotowanie wyżej wskazanej Koncepcji przez Pana J.S., który złożył ofertę, rodzi domniemanie, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji. Izba zauważa, że zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 1 ustawy pzp zamawiający w przypadku zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania podejmuje odpowiednie środki mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji. Jak wynika z ustaleń faktycznych, w niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział termin składania ofert dłuższy niż wymagany ustawą pzp w art. 283 (7 dni). Ponadto, Zamawiający udostępnił wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu przygotowaną przez Pana J.S. Koncepcję oraz zobowiązał się do przekazania wykonawcy realizującemu przedmiotowe zamówienie Koncepcji w wersji edytowalnej celem sprawniejszego wykonania umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający dołożył należytej staranności aby wyeliminować czynniki, które mogłyby mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w postępowaniu. W celu wykazania, że podjęte środki były niewystarczające Odwołujący powinien co najmniej uprawdopodobnić, że pomimo ich zastosowania Pan J.S. był w posiadaniu informacji dodatkowych, powodujących że uzyskał przewagę nad innymi wykonawcami w procesie składania oferty. W ocenie Izby Odwołujący powyższych okoliczności nie wykazał.

Odwołujący upatrywał przewagi Pana J.S. w przygotowaniu oferty przede wszystkim we wskazaniu w Koncepcji konkretnych technologii i rozwiązań, przy czym Odwołujący nie sprecyzował, które elementy i treści faktycznie zawarte w Koncepcji ma na myśli. Zauważyć należy, że przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawsze będzie wiązało się ze znajomością po stronie tworzącej takie dokumenty pewnych założeń i przyjęciu określonych rozwiązań. W ocenie Izby nie powoduje to jeszcze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, którzy z zastosowanymi rozwiązaniami mogli zapoznać się na etapie ogłoszonego postępowania. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że opracowana Koncepcja stanowi ogólny zarys przedmiotu zamówienia, na bazie którego ma powstać dopiero szczegółowa i kompleksowa dokumentacja projektowa. To wykonany przez wybranego wykonawcę projekt, w tym specyfikacja techniczna będzie precyzowała właściwości materiałów i technologii. Izba zauważa, że dokumentacja projektowa ma zostać opracowana na podstawie Koncepcji, niemniej jednak Zamawiający dopuścił możliwość zmiany technologii przyjętej w Koncepcji już na etapie wyjaśniania treści SWZ, gdzie wyraził zgodę na zastosowanie równoważnej technologii modułowej. Zamawiający w projekcie umowy zawarł także postanowienia, zgodnie z którymi wykonawca może dokonać zmian w stosunku do Koncepcji pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego. Nie jest zatem tak jak podnosił Odwołujący, że na etapie realizacji umowy wystąpi konflikt interesów w

przypadku, gdy Pan J.S. jako autor Konceptcji będzie sam wyrażał sobie zgody na ewentualne zmiany, w tym zmiany technologii. Chybną również okazała się argumentacja Odwołującego zaprezentowana na rozprawie, że postanowienia umowne w tym zakresie są niezgodne z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1062 z późn. zm.). Odwołujący bowiem nie wykazał, że umową na wykonanie Konceptcji nie została udzielona przez autora Pana J.S. zgoda na wykonywanie przez Zamawiającego zależnego prawa autorskiego. Skoro Zamawiający dopuścił zmianę technologii już na etapie wyjaśniania treści SWZ, jak i przewidział taką możliwość w projekcie umowy to domniemywać należy, że zgoda autora została udzielona, a przywołane w ustaleniach faktycznych postanowienia są wiążące. Dodatkowo zaznaczyć należy, że Odwołujący nie kwestionował skuteczności omawianych postanowień na etapie ogłoszonego postępowania. Izba zwraca również uwagę, że przepis art. 85 ustawy pzp reguluje kwestię zakłócenia konkurencji na etapie uczestnictwa w postępowaniu. Postępowanie kończy się z momentem zawarcia umowy, a więc okoliczności odnoszące się do jej realizacji co do zasady nie mają związku z uzyskaniem przewagi w procesie ofertowania i uzyskania zamówienia.

Co do znajomości przez Pana J.S. budżetu Zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia, to w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał faktycznego wpływu tej informacji na uzyskanie przez Pana J.S. przewagi w procesie składania oferty. Izba zauważa również, że Odwołujący zamiennie wskazuje na wartość szacowaną zamówienia i kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, które to wartości mogą się od siebie różnić. Wykonawcy składający oferty w postępowaniu kalkulują ceny ofertowe w sposób, który spowoduje, że ich oferta okaże się najkorzystniejsza w kryterium ceny, a nie maksymalnie najdroższa ale mieszcząca się w budżecie zamawiającego. Mając na względzie, że Pan J.S. na etapie kalkulacji własnej oferty nie mógł mieć wiedzy o liczbie wykonawców, którzy będą uczestniczyć w postępowaniu, ani o cenach ofertowych przez nich oszacowanych, to trudno uznać aby wiedza o szacunkowej czy też przeznaczonej wartości zamówienia dawała temu Wykonawcy przewagę w procesie konstruowania oferty. Należy także zwrócić uwagę, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert to oferta Odwołującego zajęła pierwsze miejsce w kryteriach oceny ofert, a Pana J.S. trzecie. Tym samym, jeśli Odwołujący odpowiedzialby na wezwania Zamawiającego to zapewne uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Dlatego też, Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu uznając, iż Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty Pana J.S. jako najkorzystniejszej.

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 oraz § 8 ust. 2 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.

Przewodniczący: