

Sygn. akt: KIO 2179/21

**WYROK**

**z dnia 6 września 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę:

**IV\_ON Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa; Pentacomp Systemy Informatyczne S. A. z siedzibą lidera w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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

**Ministerstwo Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie** (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp" postępowanie, którego przedmiotem są usługi zarządzania i wsparcia (Inżyniera Kontraktu) świadczone w związku z realizacją projektu pn. Budowa ogólnopolskiej platformy wysokiej jakości i dostępności e-usług publicznych w podmiotach leczniczych utworzonych i nadzorowanych przez MON; znak sprawy 28/ZP/20 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 grudnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 253-638731.

Zamawiający w dniu 8 lipca 2021 r. przesłał odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę prawną tej czynności art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę: **IV\_ON Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania przez zamawiającego z uwagi na to, że w jego opinii jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, polegającą na podejmowaniu w toku postępowania czynności przez Pana M. B. - członka Komisji Przetargowej - który to w opinii zamawiającego podlegał wyłączeniu ze względu na to, że pozostawał z jednym z wykonawców w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że mogło to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności, zaś czynności podejmowane przez Pana M. B. - zdaniem zamawiającego - miały wpływ na wynik postępowania oraz nie można ich już powtórzyć, podczas gdy Pan M. B. nie pozostawał z żadnym z wykonawców w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który uzasadniałby jego

wyłączenie, a dodatkowo czynności podejmowane przez niego w toku postępowania nie miały żadnego wpływu na jego wynik, a zatem nie trzeba ich powtarzać.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania; dokończenie badania i oceny ofert; wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, jak też odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 15 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu oraz zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert winna zostać uznana za najkorzystniejszą, czego dalszą konsekwencją byłoby

udzielenie przedmiotowego zamówienia odwołującemu. Na skutek bezpodstawnego unieważnienia postępowania przez zamawiającego odwołujący został pozbawiony możliwości jego uzyskania, co prowadzi do powstania u odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści, jakie osiągnąłby realizując zamówienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania, w charakterze świadka, członka komisji przetargowej - Pana M. B. na okoliczność tego, jaki był charakter jego relacji z Panią I. K., oraz czy potwierdza on, że notatka z 6 lipca 2021 r. wiernie oddaje jego wypowiedź, a jeżeli tak to jak należy interpretować tezę, że był jedną osobą w komisji przetargowej posiadającą wiedzę techniczną, w kontekście faktu, że nie on przygotowywał w tym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę, że wprowadzie przepisy ustawy Pzp w art. 528 ustawy Pzp z 2019 r. wymieniają otwarty katalog środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym, to jednak przeprowadzenie określonego dowodu ma mieć na celu rozstrzygnięcie wątpliwości, które pojawiły się w toku postępowania odwoławczego, w tym mające na celu prawidłowe ustalenie stanu faktycznego sprawy. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania danej osoby w charakterze świadka na okoliczności, które zostały już stwierdzone wcześniej za pomocą innych dowodów - dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, nie jest niezbędne do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Z treści oświadczenia złożonego przez Pana M. B. wynika, że podlega on wyłączeniu z postępowania, z kolei powody dla których uznał, że taka okoliczność wobec niego zaistniała, wyjaśnione zostały przez niego w treści korespondencji e-mail z 18 marca 2021 r.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) są usługi zarządzania i wsparcia (Inżyniera Kontraktu) świadczone w związku z realizacją projektu pn. Budowa ogólnopolskiej platformy wysokiej jakości i dostępności e-usług publicznych w podmiotach leczniczych utworzonych i nadzorowanych przez MON.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie publikując ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 253-638731.

Izba ustaliła ponadto, że w toku postępowania składane były wnioski o wyjaśnienie i zmianę treści SIWZ, w tym przez odwołującego (pytania z 26 stycznia 2021 r.). Pytania te były składane drogą mailową z adresu: i.k.@iv-on.pl. Ponadto, jak wynika z akt sprawy zamawiający pozostawił bez rozpatrzenia wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z 24 lutego 2021 r. złożony przez K. G., działającego pod firmą ITSC K. G. . Podstawą odmowy było stanowisko Komisji Przetargowej z dnia 26 lutego 2021 r., jak też poprzedzający to stanowisko e-mail Pana M. B. z 26 lutego 2021 r., w którym wypowiedział się na temat ustalonych w przetargu warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła także, że powołanie Pana M. B. w skład Komisji Przetargowej nastąpiło w dniu 3 lutego 2021 r.

Termin otwarcia ofert w postępowaniu ustalono na 11 marca 2021 r. W tym terminie oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący.

Z kolei w dniu 18 marca 2021 r. Pan M. B. złożył oświadczenie, opatrzone datą 11 marca 2021 r. informując, że zaistniały wobec niego okoliczności z powodu których podlega wyłączeniu ze składu Komisji Przetargowej. Jednocześnie z treści korespondencji e-mail z 18 marca 2021 r., kierowanej do Pana J. G. wynika z jakich powodów złożył przedmiotowe oświadczenie. Wyjaśnił między innymi, że ofertę złożyła firma IV\_ON, w której prezesem i właścicielem jest Pani I. K. . Ta sama osoba jest prokurentem samoistnym w spółce Signea Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. komandytowa, z którą Pan M. B. ma podpisaną umowę zlecenie. Tym samym jak stwierdził, w świetle powyższych informacji, jego obecność w komisji badającej oferty budziłaby uzasadnioną wątpliwość i byłaby zagrożeniem dla tego postępowania.

Na skutek powyższej informacji, decyzją z 19 marca 2021 r. Pan M. B. został wyłączony ze składu Komisji Przetargowej (Decyzja nr 42 Zastępcy Dyrektora Departamentu Administracyjnego z dnia 19 marca 2021 r.).

Jak ustalił skład orzekający, zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w dniu 8 lipca 2021 r. Jako podstawę prawną zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 oraz art. 7 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzając, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Podstawą faktyczną takiego stanowiska były podejmowanie w toku postępowania czynności przez Pana M. B., który w opinii zamawiającego podlegał wyłączeniu ze względu na to, że pozostawał z wykonawcą IV\_ON w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że mogło to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności, zaś czynności podejmowane przez Pana M. B. miały wpływ na wynik postępowania oraz nie można ich już

powtórzyć. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przedstawił szczegółowe uzasadnienie podjętej decyzji.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przytoczyć treść przepisów, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei art. 146 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem; 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę; 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12. Jednocześnie przywołać należy także treść art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Tym samym przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Stwierdzona przez

zamawiającego wada postępowania musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem takiego przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić w okolicznościach przewidzianych przez ustawę. Kwestia ta uregulowana została w art. 146 ustawy Pzp. Na szczególną jednak uwagę zasługuje przesłanka unieważnienia z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, przewidująca możliwość unieważnienia umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że jeśli zamawiający popełnił w trakcie postępowania takie błędy, które mogą mieć wpływ na jego wynik - to powinien postępowanie unieważnić z powodu jego wady. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Nie każde więc naruszenie przepisów skutkuje unieważnieniem postępowania a tylko jeśli mamy do czynienia z wadą, której nie można już usunąć, pomimo działań które zamawiający mógłby podjąć w tym postępowaniu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że wada niemożliwa do usunięcia to każde naruszenie przepisów ustawy Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z niej wynikających, a jej usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a przede wszystkim nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. A zatem, wystąpienie wady musi odnieść realny wpływ na wynik danego postępowania, w tym przypadku na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący nie zgadzał się z decyzją zamawiającego o unieważnieniu postępowania, podnosząc szereg okoliczności mających wskazywać na brak podstaw prawnych i faktycznych dla dokonanej czynności.

Rozstrzygnięcie sporu w niniejszej sprawie sprowadzało się zatem do odpowiedzi na pytanie, czy w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. czy w toku prowadzonego postępowania wystąpiły takie wady, które nie są możliwe do naprawienia na obecnym etapie, a które to są na tyle doniosłe, że uzasadniają jego unieważnienie. Dodatkowo, powyższe Izba zobowiązana jest ocenić wyłącznie opierając się na argumentacji przywołanej przez zamawiającego w treści decyzji o unieważnieniu postępowania, przekazanej wykonawcom w toku prowadzonego postępowania. W tym kontekście dodatkowe przesłanki, które miały decydować o tym, że zamawiający uznał, że zastosowanie w sprawie znajduje przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie podniesione w treści informacji o unieważnieniu (jak np. kwestia istnienia innych



powiązań Pana M. B. z podmiotami gospodarczymi, co zostało stwierdzone w toku czynności podejmowanych przez przedstawicieli Komendy Głównej Żandarmerii Wojskowej - dowód stanowisko członków Komisji Przetargowej z 28 czerwca 2021 r., pkt 1 - ustalenia Komendy Głównej Żandarmerii Wojskowej) - nie były brane pod uwagę przez skład orzekający.

Analiza dokumentacji w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, że na postawione wyżej pytanie należy odpowiedzieć twierdząco, z niżej opisanych powodów.

Odwołujący podnosił, że zamawiający jako podstawę „materialną” unieważnienia postępowania wskazał art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uzasadniając, że Pan M. B., będący członkiem Komisji Przetargowej, podlegał wyłączeniu z postępowania ze względu na jego rzekome związki z wykonawcą IV\_ON. Tymczasem o zaistnieniu tej przesłanki wyłączenia w stosunku do Pana M. B., zdaniem odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy. Przy czym za bezsporne w niniejszej sprawie uznawał, że Pan M. B. w dniu 18 marca 2021 r. złożył oświadczenie ZP-1 datowane na dzień 11 marca 2021 r. wraz z dodatkowymi wyjaśnieniami, w których wskazał, że właścicielem i prezesem jednego z wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu tj. IV\_ON jest Pani I. K. . Ta sama osoba jest prokurentem samoistnym w spółce Signea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, z którą Pan M. B. ma podpisaną umowę zlecenie. Podkreślał jednak, że samo złożenie przez Pana M. B. ww. oświadczenia nie może powodować automatycznie jego wyłączenia. Zamawiający winien był w tym zakresie przeprowadzić szczegółową analizę oraz ustalić, czy tego rodzaju powiązania powodują uzasadnione wątpliwości co do bezstronności Pana M. B., czego w jego ocenie zaniechał. O braku jakiegokolwiek weryfikacji przez zamawiającego zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp miał świadczyć między innymi fakt, że już następnego dnia po złożeniu oświadczenia przez Pana M. B., tj. 19 marca 2021 r. Przewodnicząca Komisji Przetargowej - Pani T. A. złożyła wniosek o jego wyłączenie. W tym samym dniu tj. 19 marca 2021 r. wniosek ten został zaaprobowany przez Zastępcę Dyrektora Departamentu Administracyjnego MON - Pana M. B. .

Z powyższymi twierdzeniami odwołującego nie sposób zgodzić się z następujących powodów. Nie budzi wątpliwości, co sam przyznał odwołujący, że Pan M. B. złożył w dniu 18 marca 2021 r. oświadczenie opatrzone datą 11 marca 2021 r., na mocy którego wyłączył się z udziału w postępowaniu. Już sam fakt złożenia oświadczenia przez daną osobę decyduje o uznaniu, że w danej sprawie istnieją pomiędzy nią podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia takie powiązania, które powodują, że mogą istnieć wątpliwości co do bezstronności tej osoby. Przepis art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, jak słusznie zauważył zamawiający, jest adresowany do osób biorących udział w postępowaniu, i to one w okolicznościach danej sprawy decydują czy poprzez fakt istniejących powiązań zachowają

obiektywizm i bezstronność. W takiej sytuacji rola kierownika zamawiającego sprowadza się zatem wyłącznie do podjęcia decyzji o zmianie składu komisji przetargowej.

Nie sposób zatem zgodzić się z odwołującym, że rolą kierownika zamawiającego było badanie faktycznych powiązań czy też relacji łączących Pana M. B. z Panią I. K. . Wystarczającym dla podjęcia decyzji o wyłączeniu była okoliczność, że członek komisji takie oświadczenie złożył, sam uznając, że stopień istniejących powiązań i jego relacja z danym podmiotem czy osobą powoduje, że jego obecność w komisji przetargowej budziłaby uzasadnioną wątpliwość.

W tym kontekście w istocie należy wziąć pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez Pana M. B. w treści maila z 18 marca 2021 r., ale nie w znaczeniu, które przypisuje im odwołujący sugerując, że okoliczności podnoszone przez członka Komisji Przetargowej - Pana M. B. nie były wysytarczające, aby uznać, że zaistniała przesłanka do jego wyłączenia ze składu tej Komisji. W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzić należy raczej, że wskazywane okoliczności tj. fakt, że Pan M. B. ma podpisaną umowę - zlecenie z firmą Signea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, w której prokurentem jest ta sama osoba, która jest współwłaścicielem i prezesem spółki, która złożyła ofertę (odwołujący) potwierdzały, że istnieją w tym przypadku takie powiązania, które mogłyby powodować istnienie wątpliwości co do bezstronności Pana M. B. . Nie ma przy tym znaczenia czy łączące ww. osoby relacje sprowadzają się wyłącznie do kontaktów na gruncie zawodowym, czy też miały charakter bliższych relacji tj. na gruncie towarzyskim. Jeśli sam Pan M. B. w swoich wyjaśnieniach przyznał, że fakt istnienia tych okoliczności mógłby powodować wątpliwości co do jego bezstronności i być zagrożeniem dla tego postępowania - tak też należało przyjąć. Powyższe w pełni uzasadniało decyzję zamawiającego i w konsekwencji wyłączenie Pana M. B. ze składu komisji przetargowej, co nastąpiło na podstawie Decyzji nr 42 Zastępcy Dyrektora Departamentu Administracyjnego z 19 marca 2021 r., na mocy której został on wyłączony ze składu Komisji.

Należy stwierdzić, że w przypadku gdy prokurentem w spółce, dla której członek Komisji Przetargowej świadczy usługi, i z którą ma zawartą umowę zlecenie, jest ta sama osoba, która jest współwłaścicielem i prezesem spółki odwołującego się wykonawcy to zachodzi sytuacja, która może być postrzegana jako zagrażająca bezstronności (rozumianej jako wykonywanie zadań służbowych bez osobistych preferencji dla któregośkolwiek z wykonawców) i niezależności (rozumianej jako brak powiązań i innych relacji z wykonawcami mogących wpływać na podejmowane działania) w związku z tym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Niezależnie od rzeczywistej roli jaką pełni Pani I. K. w spółce, z którą Pan M. B. ma podpisaną umowę, formalnie pozostaje ona prokurentem samoistnym w tej spółce, a zatem może samodzielnie zawierać umowy, podpisywać

dokumenty i reprezentować ten podmiot na zewnątrz. Jest również bezsporne, że sam Pan M. B. dostrzegł (co wynika z treści maila z 18 marca 2021 r.) fakt, że Pani I. K. jest jednocześnie prezesem zarządu odwołującego, jak też prokurentem w spółce Signea, z którą zawarł on umowę, a zatem fakt ten był mu znany.

Dodatkowo, oceniając charakter powiązań istniejących pomiędzy Panem M. B. a Panią I. K., w kontekście istnienia przesłanki z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, skład orzekający wziął pod uwagę wyjaśnienia Pana M. B. składane podczas spotkania, które odbyło się 6 lipca 2021 r. (notatka ze spotkania została złożona przez zamawiającego jako dowód w sprawie). Pan M. B. potwierdził, że współpracował jako inżynier kontraktu z Panią I. K. - prezes zarządu wykonawcy przy projekcie Pomorskie e-Zdrowie, i że to może budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Oświadczył również, że poinformował płk W. M., po otwarciu ofert i uzyskaniu wiedzy o wykonawcach o tym, że podlega wyłączeniu z postępowania. Wyjaśnił również, że uczestnicząc w opracowywaniu odpowiedzi na pytania miał wiedzę o pytaniach przekazanych za pomocą platformy zakupowej z ujawnionym adresem e-mailowym: i.k.@iv-on.pl od powiązanego z nim wykonawcy - IV ON Sp. z o.o., gdzie prezesem zarządu jest Pani I. K., jednakże nie miał świadomości, że takie oświadczenie o wyłączeniu z postępowania powinien złożyć już na etapie składania wyjaśnień do SIWZ. W kontekście powyższego nie ulega zatem wątpliwości, że istniały powiązania faktyczne pomiędzy członkiem Komisji Przetargowej a osobą, która pełniła funkcję prezesa zarządu odwołującego, będącą jednocześnie współwłaścicielem w tej spółce, których charakter opisał Pan M. B., jako mogące budzić wątpliwości co do jego bezstronności.

Niezależnie od powyższego, nie sposób zgodzić się z odwołującym, że wykluczenie Pana M. B. ze składu Komisji Przetargowej nastąpiło automatycznie, bez uprzedniego zbadania czy zaistniały przesłanki określone w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, że takie badanie zostało przeprowadzone świadczy w szczególności treść korespondencji mailowej z 18 marca 2021 r., który to mail, jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, został przygotowany na prośbę sekretarza komisji przetargowej i stanowił informację o faktycznych podstawach wyłączenia Pana M. B. ze składu Komisji Przetargowej.

Odwołujący polemizował także z oceną zamawiającego, zaprezentowaną w treści informacji o unieważnieniu postępowania, który wskazywał na naruszenie przez niego art. 17 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Z kolei te, podjęte w toku postępowania przez Pana M. B. nie mogą zostać już powtórzone a miały one wpływ

na wynik prowadzonego postępowania. W konsekwencji, w ocenie zamawiającego, w postępowaniu mamy do czynienia z wadą niemożliwą do usunięcia, która skutkuje koniecznością jego unieważnienia.

Izba, po analizie akt niniejszej sprawy, zgadza się z wyżej zaprezentowaną oceną zamawiającego. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że szczegółowy zakres prac Pana M. B. w Komisji Przetargowej, a tym samym rola jaką odgrywał w trakcie prowadzenia tego postępowania (od dnia kiedy został powołany do składu Komisji Przetargowej do czasu jego wyłączenia z prac) wynika z dokumentu pn. Decyzja nr 24 z dnia 3 lutego 2021 r. w sprawie zmiany Decyzji nr 216 z dnia 15 grudnia 2020 r. dotyczącej powołania komisji przetargowej. Zgodnie z jego treścią do zakresu jego obowiązków należało między innymi: opracowanie odpowiedzi dotyczących wyjaśnień do treści SIWZ w kwestiach merytorycznych, w szczególności odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia oraz stawianych wykonawcom wymagań; uzgadnianie projektów dokumentów przygotowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia; udział w sesji otwarcia ofert; dokonanie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badanie i ocena ofert; ustalenie czy przedmiot zamówienia opisany w ofercie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ; ustalenie czy treść złożonych ofert odpowiada treści SIWZ; sprawdzenie kosztorysów ofertowych i formularzy cenowych; ustalenie czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; czynny udział w pracach komisji przetargowej; złożenie pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy; wykonywanie poleceń przewodniczącego; nieujawnianie żadnych informacji związanych z pracami komisji przetargowej, w tym w szczególności informacji związanych z przebiegiem badania, oceny i porównywania treści złożonych ofert. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości rola Pana M. B., którą powierzono mu formalnie, jako członkowi Komisji Przetargowej w tym, że zakres powierzonych czynności świadczy, że był on osobą, która posiadała niezbędną wiedzę i doświadczenie, aby wypowiedać się przede wszystkim w kwestiach merytorycznych.

O roli, jaką miał pełnić Pan M. B. w Komisji Przetargowej świadczy również protokół z zebrania komisji przetargowej z 2 lutego 2021 r. (złożony przez zamawiającego jako dowód w sprawie), jak też wyjaśnienia składane przez zamawiającego na rozprawie. Z treści protokołu wynika, że w prowadzonym postępowaniu wpływało szereg wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, które pozostawały bez odpowiedzi, pomimo monitowania przez przewodniczącą Komisji. W konsekwencji przewodnicząca Komisji Przetargowej zwołała na dzień 2 lutego 2021 r. spotkanie w którym, oprócz jej członków uczestniczył kierownik zamawiającego. Na spotkaniu przedstawiciele wnioskodawcy (merytoryczni członkowie Komisji) zgłosili potrzebę powołania dodatkowych osób do jej składu, których pomoc jest

konieczna w sformułowaniu odpowiedzi na pytania. Tym nowym członkiem, który miał wesprzeć Komisję był Pan M. B., którego opisano jako specjalistę z zakresu przedmiotu zamówienia oraz znajomości rynku. Jak z kolei stwierdził pełnomocnik zamawiającego na rozprawie, po powołaniu Pana M. B. w skład Komisji Przetargowej prace tej komisji znacznie przyspieszyły, z uwagi na jego wiedzę merytoryczną i udział w udzielaniu odpowiedzi (już następnego dnia po jego powołaniu zaczęły napływać pierwsze propozycje odpowiedzi). Świadczy to o tym, że chociaż zamawiający przygotował i opracował wcześniej dokumentację postępowania, w tym opis przedmiotu zamówienia i warunki udziału w postępowaniu, miał jednak trudności z udzielaniem odpowiedzi na konkretne, merytoryczne pytania. Oznacza to, że wiedza członków Komisji Przetargowej co do merytorycznych aspektów prowadzonego postępowania, przed powołaniem Pana M. B. w jej skład, mogła być niewystarczająca.

Z kolei co do faktycznego zakresu zadań Pana M. B., jako członka Komisji Przetargowej nie budzi wątpliwości, że brał udział we wszystkich posiedzeniach w czasie od jego powołania do składu Komisji Przetargowej do chwili jego odwołania, gdyż świadczą o tym podpisy przez niego składane na wnioskach Komisji Przetargowej. Oznacza to, że Pan M. B. brał udział w udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców zadawane do treści SIWZ, w tym w czynności pozostawienia bez rozpoznania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, dotyczącym zmiany warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego, że wniosek wykonawcy o zmianę warunków udziału w postępowaniu wpłynął na 2 tygodnie przed upływem terminu wyznaczonego na składanie ofert i już po upływie połowy terminu składania ofert, a zatem zamawiający nie był zobowiązany na ten wniosek odpowiadać, nie może umknąć uwadze, że w konsekwencji dokonania zmiany treści SIWZ mogło dojść do złagodzenia wymagań stawianych wykonawcom i zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu. Nie ulega również wątpliwości, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ został pozostawiony bez rozpoznania, po zapoznaniu się członków Komisji Przetargowej z opinią przedstawioną przez Pana M. B. w dniu 26 lutego 2021 r. Opinia wyrażona w e-mailu przekazanym przewodniczącej komisji przetargowej zawierała bowiem argumenty przemawiające za pozostawieniem pytania bez odpowiedzi, z uwagi na przeprowadzoną analizę rynku w zakresie projektów z obszaru infotechnologii medycznych, wysoką konkurencyjność postępowania nie tylko na polskim, ale i europejskim rynku, które będzie miało przełożenie w liczbie ofert, opinię o bardzo niskich, a nie jak twierdzili w pytaniach wykonawcy, wysokich warunkach udziału w tym postępowaniu. Informacje te, a nie okoliczność, że powyższe pytania wpłynęły po terminie, stanowiły zasadniczy powód pozostawienia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ bez rozpoznania (dowodem na to są informacje zawarte we wniosku komisji przetargowej zatwierdzonym przez kierownika zamawiającego z 26 lutego 2021 r. - załączony do pisma procesowego zamawiającego).

Odwołujący opierał argumentację odnośnie faktycznego zakresu zadań wykonywanych w postępowaniu przez Pana M. B. na, znajdującym się w aktach sprawy, stanowisku części składu Komisji Przetargowej przedstawicieli Departamentu Wojskowej Służby Zdrowia tj. komórki organizacyjnej Ministerstwa Obrony Narodowej, wnioskującej o wszczęcie i przeprowadzenie przedmiotowego postępowania (dowód załączony do odwołania). Nie wziął jednak przy tym pod uwagę, że to ulegało następnie modyfikacjom, o czym świadczy z kolei dokument załączony przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie pn. „Uzupełnienie stanowiska członków komisji przetargowej wyznaczonych z Zespołu e-zdrowie DWSZdr MON z 1 lipca 2021 r.” w którym, w odpowiedzi na uwagi Przewodniczącej Komisji Przetargowej sformułowane drogą mailową (dowód zamawiającego załączony do odpowiedzi na odwołanie - Uwagi i komentarze Przewodniczącej Komisji Przetargowej do dokumentu pn. Stanowisko członków Komisji Przetargowej wyznaczonych z zespołu e-zdrowie DWSZdr MON z 28 czerwca 2021 r.) - osoby te modyfikują swoją ocenę w tym zakresie. Dodatkowo odwołujący nie wziął pod uwagę, że zaprezentowana ocena nie odzwierciedla oceny całego składu Komisji Przetargowej. Jak zauważył zamawiający stanowisko, na którym opiera się odwołujący, ze względu na liczne rozbieżności i niezgodności ze stanem faktycznym zaistniałym w realiach sprawy budziło i budzi wątpliwości pozostałych członków Komisji Przetargowej oraz kierownika zamawiającego, który w efekcie podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Z kolei teza odwołującego, że niezależnie od tego jaki byłby skład komisji, w sprawie przedmiotowego wniosku o zmianę warunków udziału w postępowaniu zostałaby podjęta taka sama decyzja stanowi jedynie jego przypuszczenia i nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Faktem jest natomiast, że wykonawcy w toku postępowania, zadając pytania do treści SIWZ wskazywali na zawyżone wymagania zamawiającego, dotyczące warunków udziału w tym postępowaniu, mające jednocześnie wpływ na konkurencyjność. Tak w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. wykonawca K. G. prowadzący działalność pod firmą ITSC IT PROFESSIONAL stwierdził, że warunki udziału wykluczają udział szeregu podmiotów, które świadczą obecnie analogiczne usługi w zakresie doradztwa w obszarze zdrowia i posiadają odpowiednie doświadczenie w analogicznych projektach. Pomimo tego zamawiający, opierając się na opinii Pana M. B., przeniesionej później do wniosku komisji z dnia 26 lutego 2021 r., pozostawił wiele podważanych przez wykonawców zapisów bez zmian. Mogło to mieć wpływ na ilość ofert, które zostały złożone w tym przetargu, a przypomnieć należy że w odpowiedzi na ogłoszenie oferty złożyło tylko dwóch wykonawców, z których wyłącznie złożona przez odwołującego mieści się w kwocie, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Przeczy to twierdzeniom, że czynności dokonywane w postępowaniu przez Pana M. B. pozostawały bez wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, a w konsekwencji na wynik tego postępowania. Będąc członkiem Komisji Przetargowej, niewątpliwie jako osoba posiadająca wiedzę z zakresu spraw technicznych i znajomości rynku, przedstawił swoją ocenę w kwestii poprawności sformułowanych w postępowaniu warunków, na czym oparli swoje stanowisko pozostali członkowie Komisji Przetargowej.

Izba, orzekając w przedmiotowej sprawie, wzięła również pod uwagę okoliczność, że Pan M. B. przyznał, że odpowiadając na pytania do treści SIWZ, wiedział, że te były składane przez Panią I. K. (wynika to zarówno z treści notatki ze spotkania z 6 lipca 2021 r. oraz z treści wyjaśnień składanych na rozprawie przez pełnomocnika zamawiającego - Panią T. An., która pełniła funkcję przewodniczącej Komisji Przetargowej) i pomimo tego faktu, wraz z pozostałymi przedstawicielami Zespołu e-Zdrowie (jako merytorycznymi członkami Komisji Przetargowej) brał udział w opracowywaniu odpowiedzi na zadane pytania.

Jednakże samo oświadczenie o tym, że podlega wyłączeniu z postępowania, Pan M. B. złożył dopiero po otwarciu ofert, przy czym powołał się na okoliczność, że Pani I. K. jest osobą związaną jednocześnie z odwołującym, jak też spółką, z którą ma on zawartą umowę - zlecenie.

W konsekwencji uznać należy, że rację ma zamawiający, iż wszystkie czynności podejmowane w postępowaniu przez Pana M. B. (poza otwarciem ofert), w których ten uczestniczył jako członek Komisji Przetargowej, w świetle przepisu art. 17 ust. 3 ustawy Pzp są nieskuteczne i podlegają obowiązkowi powtórzenia. Mając na względzie etap, na którym członek komisji złożył oświadczenie i został wyłączony z postępowania - powtórzenie tych czynności nie jest już możliwe, a co za tym idzie wada postępowania ma charakter nieusuwalny. W konsekwencji podjęta przez zamawiającego decyzja o unieważnieniu postępowania, wyrażona w piśmie kierowanym do wykonawców - była zasadna.

Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania przeprowadził szczegółową analizę pod kątem przesłanek unieważnienia umowy. W uzasadnieniu prawnym i faktycznym opisał okoliczności, które miały miejsce w prowadzonym postępowaniu, a które spowodowały, że powstała w postępowaniu wada jest niemożliwa do usunięcia, co doprowadzi do unieważnienia umowy w oparciu o przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Podsumowując, Izba mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy, po analizie całości dokumentacji z prowadzonego postępowania uznała, że zamawiający wykazał, iż przedmiotowe postępowanie obarczone było wadą niemożliwą do usunięcia, niweczącą możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności mając na względzie dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, że wada postępowania polega na naruszeniu przepisów, mogącym

mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....