

**WYROK
z dnia 25 lipca 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „S. Z. Ś. Radcy Prawni” Sp. p. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wronieckiej 17 (61-763 Poznań) oraz RODO.PL Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Sianowskiej 4a (60-431 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu przy ul. Stanisława Szczepanowskiego 15A (60-541 Poznań)

przy udziale wykonawcy S. T. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych S.K.A. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Fabrycznej 9 (61-524 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „S. Z. Ś. Radcy Prawni” Sp. p. z siedzibą w Poznaniu oraz RODO.PL Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „S. Z. Ś. Radcy Prawni” Sp. p. z siedzibą w Poznaniu oraz RODO.PL Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Obsługa prawna WFOŚiGW w Poznaniu*, numer sprawy: 261.18.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 maja 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00168680/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 4 lipca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „S. Z. Ś. Radcy Prawni” Sp. p. z siedzibą w Poznaniu oraz RODO.PL Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie na:

- niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, a polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego;
- niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, a polegającą na wyborze oferty wykonawcy S. T. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych S.K.A;
- niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, a polegającą na niedokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z przepisami Pzp oraz specyfikacją warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”), ewentualnie na zaniechaniu wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) w zw. z art. 116 i art. 112 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu;
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 Pzp przez ogólnikowe i niejednoznaczne uzasadnienie wskazanej podstawy odrzucenia oferty odwołującego, bez konkretnego wskazania i odniesienia się do przepisów ustawy, wskazujących na niezgodność oferty odwołującego z tymi przepisami, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu i w konsekwencji odrzuceniem oferty odwołującego;

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 Pzp przez ogólnikowe uzasadnienie i niejednoznaczne wskazanej podstawy odrzucenia oferty odwołującego, bez wskazania i odniesienia się do odrębnych przepisów, wskazujących na nieważność oferty odwołującego, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu i w konsekwencji odrzuceniem oferty odwołującego;

4) naruszenie art. 117 ust. 2 w zw. z art. 112 ust. 2, w zw. z art. 114 oraz w zw. z art. 16 Pzp, przez uznanie, iż odwołujący nie posiada uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia;

5) naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

ponadto:

6) ostrożności procesowej odwołujący złożył zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp wskutek zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego złożenia oświadczenia o podziale zadań między konsorcjantami, co skutkowało naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b, oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, wskutek zaniechania prawidłowego przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert oraz przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dotyczących podziału zadań między konsorcjantami;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą wg norm przepisanych.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą niepodlegającym wykluczeniu oraz złożył ważną ofertę w postępowaniu, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert znajduje się na pierwszym miejscu. Działania i zaniechania zamawiającego, wskazane w odwołaniu, skutkujące bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego, uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia. Dodatkowo odwołujący wskazał, że takie działanie zamawiającego może doprowadzić do poniesienia szkody przez niego, który ma realną szansę na uzyskanie zamówienia i

realizację zysku, która może zostać zniweczona przez niezgodne z przepisami Pzp i warunkami zamówienia działania zamawiającego. Z tego też względu odwołujący stwierdził, że posiada bezsprzecznie interes we wniesieniu odwołania i działając na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa wniósł odwołanie.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutów wskazanych w pkt 1 i 5 *petitum* odwołania. Odwołujący przytoczył treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, art. 112 ust. 1 i 2 Pzp oraz warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 1 i 2 pkt 2) lit. a) i b) SWZ.

Odwołujący wskazał, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27 czerwca 2022 r., w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że cyt.: *Zamawiający wyznaczył warunek dotyczący zdolności zawodowej, tj. żądania, aby wszystkie wskazane osoby były radcami prawnymi/adwokatami/prawnikami zagranicznymi.* Na podstawie ww. stwierdzenia, zamawiający dokonał badania i oceny ofert, uznając, że oferta odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zgodził się z dokonaną oceną oferty konsorcjum oraz dokonaną w jej wyniku czynnością odrzucenia oferty konsorcjum. Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty nie znajduje odzwierciedlenia w treści warunków udziału w postępowaniu tj. w treści rozdziału VII ust. 2 pkt. 2 SWZ, bowiem zamawiający w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, dokonuje wykładni rozszerzającej postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, nadając mu odmienne znaczenie, odbiegające od literalnego brzmienia tego warunku.

Odwołujący wskazał, że w treści ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej zamawiający wymagał „dysponowania co najmniej 10 osobami”, natomiast żądanie posiadania uprawnień radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego zostało sformułowane wyłącznie w rozdz. VII ust. 2 pkt. 2 lit. a) SWZ, zatem zamawiający nie wymagał takich uprawnień w treści rozdziału VII ust. 2 pkt. 2 ppkt. b) SWZ. Zamawiający jasno i wyraźnie sformułował warunek w zakresie zdolności zawodowej, podając, „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje, co najmniej dziesięcioma osobami”, następnie:

- w lit. a) sformułował wymagania dotyczące osób posiadających uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej jako radca prawny/adwokat/prawnik zagraniczny, a także wskazał wymagany zakres doświadczenia tych osób w świadczeniu usług wsparcia prawnego, który to zakres te osoby mogą spełniać łącznie;
- w lit. b) zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał dysponowanie dwoma osobami, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, polegającego na świadczeniu usługi

wsparcia w realizowaniu zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u zamawiającego, które łącznie mogą wykazać się w okresie ostatnich trzech lat opracowaniem co najmniej trzech Polityk bezpieczeństwa danych osobowych (RODO) dla jednostek sektora finansów publicznych.

Zatem:

- w lit. a) warunku zdolności zawodowej zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga posiadania uprawnień radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego oraz doświadczenia w świadczeniu usług wsparcia prawnego;
- w lit. b) warunku zdolności zawodowej zamawiający wyraźnie wymagał, by wykonawca w zespole posiadał dwie osoby, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, polegającego na świadczeniu usług wsparcia w realizowaniu zadań Inspektora Ochrony Danych u zamawiającego, które to osoby posiadają doświadczenie w zakresie opracowania polityk bezpieczeństwa danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych.

Na tej podstawie odwołujący jednoznacznie stwierdził, jak wynika wprost z treści warunku dotyczącego zdolności zawodowej, że w lit. b):

- zamawiający wymagał wykazania osób, które mogą świadczyć usługi wsparcia IOD a nie usługi wsparcia prawnego;
- zamawiający wymagał wyłącznie doświadczenia polegającego na opracowywaniu polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych.

Podsumowując powyższe, w ocenie odwołującego, postawiony warunek w zakresie dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie dotyczący opracowywania polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych nie został powiązany z wykonywaniem usług przez radcę prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego, a to dlatego, że:

- zamawiający wyraźnie wskazał, że osoby posiadające owe doświadczenie będą jedynie wspierać Inspektora Ochrony Danych;
- doświadczenie wymagane od owych osób tj. sporządzenie trzech polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych to doświadczenie, którym legitymują się osoby pełniące funkcje Inspektora Ochrony Danych lub wykonujące podobne zadania w zakresie ochrony danych osobowych;
- zamawiający nie sformułował wymagania posiadania uprawnień radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego wobec osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie wsparcia Inspektora Ochrony Danych;
- gdyby zamawiający chciał, by osoby posiadające uprawnienia radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego świadczyły usługi wsparcia IOD, sformułowałby taki wymóg dodając kolejny tiret w ust. 2 pkt. 2 lit. a), zamiast dodawać kolejną literę b),

formułującą wymagania niezależnie i odmiennie od lit. a), ponadto podałby wprost, że świadczone wsparcie IOD ma być „wsparciem prawnym”.

Zdaniem odwołującego, odmienna interpretacja warunków na etapie oceny ofert, nadawanie warunkom innego brzmienia i sensu niż wynika wprost z treści SWZ stanowi czynność naruszającą zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nawet, gdyby interpretacja zapisów SWZ mogła prowadzić do dwóch różnych odmiennych wniosków (co jednocześnie nie ma miejsca w tym postępowaniu), to również w takim przypadku, stosowanie na etapie badania i oceny ofert odmiennej i jednocześnie niekorzystnej dla wykonawców interpretacji zapisów SWZ, stanowi czynność niezgodną z przepisami Pzp.

W kontekście powyższych rozważań odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty przyznał wprost, iż oczekiwał świadczenia pomocy prawnej przez osoby posiadające uprawnienia radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego. W odniesieniu do takiego sformułowania, nasunęło się odwołującemu pytanie retoryczne, dlaczego w takim razie nie wybrał jego oferty, która bez wątplenia była ofertą najkorzystniejszą. Zdaniem odwołującego oferta przedstawiona przez niego, załączone podmiotowe środki dowodowe tj. wykaz osób, posiadających stosowne uprawnienia do realizacji usług pomocy prawnej, a także oświadczenie złożone przez odwołującego na podstawie art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, z podziałem zadań między konsorcjantów, czy też wreszcie wyjaśnienia złożone przez odwołującego w dniu 7 czerwca 2022 r. w pełni potwierdzają spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VII SWZ, w tym wymóg, by świadczenie pomocy prawnej odbywało się wyłącznie przy udziale osób posiadających uprawnienia radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego.

W odniesieniu do powyższego odwołujący podkreślił, że:

- wszystkie osoby wskazane na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego świadczenia usług wsparcia prawnego, określonego w ust. 2 pkt. 2 lit. a) w rozdziale VII SWZ to osoby posiadające uprawnienia radcy prawnego/adwokata;
- dodatkowo w celu wykazania spełniania warunku udziału w ust. 2 pkt. 2 lit. b) w wykazie osób wskazał dwie osoby, legitymujące się doświadczeniem polegającym na opracowaniu minimum trzech polityk bezpieczeństwa ochrony danych oraz dodatkowo posiadające uprawnienia radcy prawnego (mimo, iż nie było takiego wymogu);
- w świetle powyższego, zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 239 ust. 1 Pzp wybrać ofertę odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą.

Z daleko posuniętej ostrożności, odwołujący wskazał, że nawet, gdyby przyjąć, że zamawiający oczekiwał, by wszystkie osoby wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. posiadające doświadczenie opisane w lit. a) oraz w lit. b)

posiadały uprawnienia radcy prawnego, adwokata, prawnika zagranicznego, to taki warunek odwołujący również spełniał, gdyż wszystkie wykazane osoby są radcami prawnymi. Odwołujący jednakże stanowczo podkreślił, że literalne brzmienie warunku w zakresie zdolności zawodowej nie daje podstaw do takiej interpretacji.

Jednakże stanowczo stwierdził, że wyłącznie warunki udziału określone wprost w SWZ, a nie oczekiwania zamawiającego, nota bene odmienne od brzmienia i literalnej treści warunków udziału, stanowią podstawę do badania i oceny złożonych ofert. Zdaniem odwołującego odrzucenie jego oferty w oparciu o oczekiwania i wyobrażenia zamawiającego, a nie w oparciu o rzeczywiste brzmienie warunków udziału w postępowaniu opisane w SWZ, stanowiło działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości postępowania.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że ustawodawca wskazał w art. 112 Pzp, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tym samym ocena oferty wykonawcy musi odbywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do tych warunków. Odwołujący wyjaśnił, że przedstawił kompetentny zespół osób posiadających doświadczenie i uprawnienia zgodne z wymogami SWZ, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dokonując obiektywnej oceny oferty wykonawcy, nie sposób uznać, by odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. W świetle powyższego, odmienny wniosek zamawiającego i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp stanowiło w jego opinii czynność niezgodną z przepisami prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 2 i 3 *petitum* odwołania, odwołujący wskazał, że uzasadnienie ww. podstaw odrzucenia jego oferty zostało sformułowane w sposób ogólnikowy i lakoniczny, uniemożliwiający odniesienie się do tych konkretnych podstaw prawnych, na podstawie których oferta odwołującego została uznana za niezgodną z przepisami Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp), czy też za nieważną w świetle innych przepisów prawa (art. 226 ust. 1 pkt. 4 Pzp).

Odwołujący zaznaczył, że złożona przez niego oferta była zgodna nie tylko z przepisami Pzp, ale również z innymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego, również tymi dotyczącymi wykonywania zawodu radcy prawnego. Załączone do oferty oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp wskazuje czynności w zakresie świadczenia obsługi prawnej – zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, które będzie realizował lider konsorcjum czyli spółka partnerska radców prawnych przy udziale zespołu radców prawnych. Natomiast, czynności dotyczące wsparcia inspektora ochrony danych – zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, będą realizowane przez członka konsorcjum spółkę RODO.pl Sp. z o.o. Ponadto, jak już

wskazano w piśmie z dnia 7 czerwca 2022 r. – odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień, odwołujący wskazał wprost, że w zakresie w jakim usługi wsparcia IOD u zamawiającego nie będą stanowiły usług wsparcia prawnego, będą realizowane przez konsorcjanta RODO.pl Sp. z o.o. Zatem konsorcjant Rodo.pl Sp. z o.o. nie będzie realizować usług wsparcia prawnego, a wyłącznie usługi w zakresie wsparcia w realizacji zadań i obowiązków inspektora ochrony danych, wskazane w opisie przedmiotu zamówienia tj. m.in.:

- wsparcie w identyfikowaniu ryzyk związanych z przetwarzaniem danych osobowych,
- okresowe sprawdzanie zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych,
- udzielanie wskazówek w przedmiocie wdrożenia odpowiednich oraz skutecznych środków organizacyjnych i technicznych mających wpływ na bezpieczeństwo danych osobowych.

Odwołujący stwierdził, że:

- okoliczność, iż konsorcjant RODO.pl Sp. z o.o. nie świadczy usług wsparcia prawnego, nie posiada PKD 69.10 Z, nie stanowi jakiejkolwiek przesłanki uzasadniającej odrzucenie oferty odwołującego, bowiem zakres wymagań zamawiającego opisany w SWZ obejmuje również usługi wsparcia IOD, do realizacji których zamawiający nie wymagał udziału radców prawnych, prawników zagranicznych, czy też adwokatów;
- niezależnie od powyższego, nawet, gdyby usługi wsparcia IOD wymagały wsparcia o charakterze prawnym, w wykazie osób – załącznik nr 3a do SWZ stanowiącym wykaz dotyczący kryteriów oceny ofert, zostali wskazani dwaj radcy prawni, posiadający wymagane przez zamawiającego doświadczenie w opracowywaniu polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych;
- nie można pominąć istotnego faktu, a mianowicie, zamawiający nie formułował warunku w postaci posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Uzasadnienie dla tej tezy zawarto w dalszej części uzasadnienia odwołania. Podsumowując, odwołujący wskazał, że posiadanie określonego kodu PKD nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie fakt, że jeden z konsorcjantów nie posiada kodu PKD 69.10. Z nie wpływa na możliwość udziału tego konsorcjanta w realizacji przedmiotu zamówienia, skoro zamawiający opisał przedmiot zamówienia, zawierający czynności i zadania realizowane przez Inspektorów Ochrony Danych. Z tego też względu udział konsorcjanta nie będącego spółką radców prawnych nie stanowił jakiegokolwiek naruszenia przepisów Pzp. Nie stanowił również o tym, by oferta odwołującego była nieważna z tego powodu. Wreszcie, jak wyjaśnił i wskazał odwołujący w wyjaśnieniach w trakcie procedury badania i oceny ofert, udział RODO.pl Sp. z o.o. w realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie obejmował czynności wsparcia prawnego.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego dyskwalifikacja jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp była niezasadna i niezgodna z przepisami Pzp.

W odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt 4 petitum odwołania odwołujący wskazał, że należy stanowczo podkreślić, że zamawiający nie formułował warunku z art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp tj. warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, a także nie wymagał udowodnienia posiadania tych uprawnień na podstawie art. 114 Pzp. Tymczasem w treści uzasadnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający odniósł się do warunku wskazanego w art. 117 ust. 2 Pzp. Zupełnie niezrozumiałym dla odwołującego było powołanie się w treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty art. 117 ust. 2 Pzp. Odwołujący wyjaśnił po raz kolejny, że dysponuje zespołem osób posiadających uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego. Konsorcjum wyraźnie i stanowczo oświadczyło, że konsorcjant RODO.pl Sp. z o.o. nie będzie świadczyć usług pomocy prawnej oraz określiło zakres udziału tego wykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia tj. zakres wynikający ze wsparcia zadań IOD. Okoliczność, iż do wykonywania usług wsparcia IOD, które:

a) zgodnie z treścią warunku nie było wsparciem prawnym, czy też świadczeniem usług pomocy prawnej; b) dodatkowo miało być wykonywane przez osoby legitymujące się doświadczeniem typowym dla świadczenia usług ochrony danych osobowych, świadczy o tym, że do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie czynności nie polegających na świadczeniu usług wsparcia prawnego, odwołujący mógł wystąpić w konsorcjum ze spółką specjalizującą się w świadczeniu usług wsparcia w obszarze ochrony danych osobowych.

Podsumowując argumentację wskazaną powyżej, odwołujący stwierdził, że podstawy odrzucenia jego oferty były podstawami niezasadnymi, a także nie mającymi żadnych podstaw prawnych i faktycznych obligujących do ich zastosowania. W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 239 ust. 1 Pzp wybrać ofertę odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu dla zarzutu ewentualnego odwołujący wskazał, że z ostrożności procesowej zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp wskutek zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego złożenia oświadczenia o podziale zadań między konsorcjantami, co skutkowało naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, oraz art. 226 ust. 1 pkt 3) i 4) Pzp, wskutek zaniechania prawidłowego przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert oraz przedwczesnego

odrzućenia oferty odwołującego. Odwołujący wskazał, że w toku badania i oceny ofert został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z jednoczesnym wyjaśnieniem udziału konsorcjanta RODO.pl Sp. z o.o. w postępowaniu. W dniu 7 czerwca 2022 r. odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego m.in. z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednakże przed czynnością odrzucenia oferty, nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia, poprawienia czy też złożenia w ocenie zamawiającego prawidłowych podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący podkreślił, że nie zachodziły żadne przesłanki zwalniające zamawiającego z czynności wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp. W szczególności takimi przesłankami nie są podstawy odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 3) czy też w art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp, które to podstawy odrzucenia w ogóle nie miały zastosowania do oferty odwołującego. W świetle powyższego, odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty było nie tylko niezasadne, ale również co najmniej przedwczesne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca S. T. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych S.K.A. z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 19 lipca 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 20 lipca 2022 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę S. T. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych S.K.A. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez odwołującego wraz z załącznikami w tym przede wszystkim oświadczenie o podziale prac oraz wydruk informacji z KRS dla członka konsorcjum (podobny dokument załączył przystępujący do pisma procesowego złożonego w dniu 20 lipca 2022 r.);
- wezwanie z dnia 1 czerwca 2022 r. skierowane do odwołującego w celu złożenia dokumentów i wyjaśnień;
- odpowiedź udzieloną zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2022 r. przez odwołującego na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień wraz załącznikami, w tym przede wszystkim wykaz osób, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty z dnia 27 czerwca 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale VII ust. 2 pkt 2) SWZ zamawiający w następujący sposób określił treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej:

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

2) zdolności zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje, co najmniej dziesięcioma osobami:

a) które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z których każda posiada uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej w rozumieniu ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 75), ustawy z 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 poz.1651), ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r., poz. 823), które łącznie mogą wykazać się w okresie ostatnich trzech lat doświadczeniem w świadczeniu usług wsparcia prawnego w następującym zakresie:

- stałe doradztwo prawne w formie dyżurów realizowane w sposób ciągły (co najmniej 3 dni w tygodniu) przez okres co najmniej 1 roku;*
- co najmniej roczne doświadczenie w świadczeniu usług z zakresu prawa pomocy publicznej;*
- co najmniej roczne doświadczenie w świadczeniu usług z zakresu prawa ochrony środowiska;*
- opracowanie lub opiniowanie co najmniej 50 umów/aneksów dla jednostki sektora finansów publicznych;*
- opracowywanie lub opiniowanie co najmniej 10 regulacji konkursowych w zakresie programów pomocowych związanych z ochroną środowiska;*
- opracowanie lub opiniowanie 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia / specyfikacji warunków zamówienia sporządzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych na dostawy lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, trybie podstawowym;*
- reprezentowanie jednostki sektora finansów publicznych w 5 postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą;*

- reprezentowanie jednostki sektora finansów publicznych w 10 postępowaniach sądowych o zapłatę.

b) w tym: dwoma osobami, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, polegającego na świadczeniu usługi wsparcia w realizowaniu zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u Zamawiającego, które łącznie mogą wykazać się w okresie ostatnich trzech lat opracowaniem co najmniej trzech Polityk bezpieczeństwa danych osobowych (RODO) dla jednostek sektora finansów publicznych.

Jak wynikało z rozdziału IX ust. 3 lit. b) SWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej zamawiający żądał złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Wzór wykazu osób został określony w załączniku nr 3 do SWZ. W ust. 4 ww. rozdziału zamawiający wskazał, że dokumenty wymienione w ust. 3 czyli m. in. wykaz osób wykonawca powinien złożyć na wezwanie zamawiającego. Ponadto w rozdziale X ust. 3 SWZ zamawiający określił, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W dniu 27 maja 2022 r. upłynął termin składania ofert w postępowaniu. Oferty złożyli dwaj wykonawcy: odwołujący i przystępujący. Odwołujący dołączył do oferty oświadczenie o podziale prac. Z przedmiotowego oświadczenia wynikało, że partner konsorcjum tj. RODO.PL Sp. z o.o., Sp. k., zobowiązał się do wsparcia w realizacji zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u zamawiającego, które obejmuje w szczególności:

- a) *Prawidłowe stosowanie przepisów o ochronie danych osobowych, w tym opiniowanie umów oraz innych dokumentów w zakresie zgodności z przepisami o ochronie danych osobowych;*
- b) *Udzielanie wskazówek w przedmiocie wdrożenia odpowiednich oraz skutecznych środków organizacyjnych i technicznych mających wpływ na bezpieczeństwo danych osobowych;*
- c) *Wsparcie w identyfikowaniu ryzyk związanych z przetwarzaniem danych osobowych oraz wskazywanie sposobów pozwalających je zminimalizować;*
- d) *Wsparcie w przypadku wystąpienia naruszenia ochrony danych osobowych;*
- e) *Okresowe sprawdzanie zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych;*
- f) *Wsparcie w aktualizowaniu wymaganej dokumentacji bezpieczeństwa, polityk ochrony danych oraz rejestrów;*
- g) *Wsparcie w przygotowaniu odpowiedzi na wnioski/zapytania osób, których dane dotyczą;*
- h) *Bieżące monitorowanie oraz informowanie o zmianach w przepisach o ochronie danych osobowych;*

i) Współdział w przeprowadzaniu szkoleń pracowników w zakresie ochrony danych osobowych.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem, które zostało opatrzone nagłówkiem *Wezwanie do złożenia dokumentów*. Na mocy przedmiotowego wezwania zamawiający zażądał złożenia dokumentów, w tym także wykazu osób. Oprócz tego w ramach ww. wezwania zamawiający zwrócił się do odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień odnoszących się do zagadnienia udziału partnera konsorcjum w zakresie realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał w treści wezwania:

Jednocześnie zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, Członka Konsorcjum – RODO.PL Sp. z o.o. sp. k., który przystąpił do postępowania pn.: Obsługa prawna WFOŚiGW w Poznaniu.

RODO.PL Sp. z o.o. sp. k., ul. Sianowska 4A, 60-431 Poznań nie prowadzi działalności prawniczej sklasyfikowanej kodem PKD 69.10.Z oraz nie stanowi spółki, w ramach której adwokaci i radcowie prawni mogą świadczyć pomoc prawną. Z tego względu wskazana spółka nie może wykonać przedmiotu zamówienia i podpisać umowy, której przedmiotem jest świadczenie obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący złożył odpowiedź na ww. wezwanie w dniu 7 czerwca 2022 r. W zakresie objętym żądaniem dotyczącym złożenia wyjaśnień odwołujący wskazał:

- Zamawiający nie określił szczególnych wymagań, dotyczących ofert składanych wspólnie zgodnie z art. 60 ustawy pzp,*
- wszystkie osoby wskazane przez Wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert są radcami prawnymi,*
- konsorcjant RODO.pl zgodnie z oświadczeniem złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 będzie świadczył usługi wsparcia IOD w zakresie ochrony danych osobowych, polityk bezpieczeństwa itp., zgodnie z warunkami zamówienia,*
- Zamawiający nie stawiał wymogu, by osoby wskazane do realizacji zamówienia w zakresie ochrony danych osobowych świadczyły usługi wsparcia prawnego, czy też były radcami prawnymi, tak jak zostało to określone w rozdz. VII ust. 2 pkt. 2 a SWZ. W rozdz. VII ust. 2 pkt. 2b SWZ wyraźnie wskazano, że Wykonawca w ramach zdolności zawodowej powinien dysponować dwoma osobami, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, polegającego na świadczeniu usług wsparcia w realizowaniu zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u Zamawiającego. W tym obszarze Zamawiający nie wymagał dysponowania osobami legitymującymi się posiadaniem uprawnień radcy prawnego, adwokata lub prawnika zagranicznego. Z tego też względu, jak wynika z oświadczenia o podziale zadań konsorcjant RODO.pl sp. z o.o. nie będzie świadczyła usług obsługi prawnej*

Zamawiającego, a wyłącznie usługi wsparcia Inspektora Ochrony Danych u Zamawiającego w zakresie, w jakim nie będą one stanowiły usług wsparcia prawnego. W tym miejscu należy wskazać, że konsorcjant RODO.pl sp. z o.o. prowadzi działalność gospodarczą w obszarze ochrony danych osobowych i jest profesjonalistą na rynku usług ochrony danych osobowych. Opracowuje polityki ochrony danych osobowych, pełni funkcję IOD poprzez oddelegowanych pracowników, prowadzi szkolenia w zakresie ochrony danych osobowych, opracowuje audyty dot. ochrony danych osobowych w jednostkach, udziela wskazówek technicznych i organizacyjnych pozwalających wdrożyć prawidłowe procedury ochrony danych osobowych.

- Okoliczność, iż konsorcjant RODO.pl sp. z o.o. nie świadczy usług wsparcia prawnego, nie posiada PKD 69.10 Z, nie stanowi w tej sytuacji jakiegokolwiek przeszkody do jego udziału w przedmiotowym postępowaniu, bowiem, zakres przedmiotu umowy obejmuje również usługi wsparcia IOD, do realizacji, których Zamawiający nie wymagał udziału radców prawnych, prawników zagranicznych lub adwokatów.

- Niezależnie od powyższego, w zakresie, gdyby usługi wsparcia IOD wymagały wsparcia o charakterze prawnym, w wykazie osób – załącznik nr 3a do SWZ, stanowiącym wykaz dot. kryteriów oceny ofert został wskazany radca prawny K(...) W(...) oraz radca prawny K(...) S(...), obydwaj posiadający doświadczenie w świadczeniu usług wsparcia prawnego w zakresie ochrony danych osobowych oraz sporządzania odpowiednich dokumentów, polityk, regulaminów w obszarze ochrony danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych.

Ponadto wraz z wyjaśnieniami odwołujący złożył wykaz osób, w którym wymienił 10 osób. Dwie z nich zostały wskazane na spełnienie wymogu podanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. b) SWZ. Dodatkowo jak wynikało ze złożonego wykazu wszystkie wymienione w nim osoby posiadały uprawnienia radcy prawnego.

W dniu 27 czerwca 2022 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał:

Zamawiający oczekiwał świadczenia pomocy prawnej przez adwokatów lub radców prawnych (odpowiednio prawników zagranicznych), a świadczenie tej pomocy nie może odbywać się w niezgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa formie tj. w przypadku spółki, która nie jest dopuszczona przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa do świadczenia pomocy prawnej na terenie RP. Mimo bowiem braku ustawowego monopolu na wszystkie aspekty świadczenia pomocy prawnej przez radców prawnych, adwokatów (prawników zagranicznych), jeżeli Zamawiający wymaga, aby to oni świadczyli tę

pomoc prawną (obsługę prawną), to realizacja takiej pomocy prawnej (obsługi prawnej) musi być zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym z rygorami form prawnych prowadzenia tego typu działalności w RP, jeżeli Zamawiający w SWZ wskazał zasady realizacji usługi, warunki udziału podmiotów, także w zakresie zdolności zawodowej, w tym przypadku dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach zawodowych.

Zamawiający wyznaczył warunek dotyczący zdolności zawodowej, tj. żądania, aby wszystkie wskazane osoby były radcami prawnymi/adwokatami/prawnikami zagranicznymi. Warunek z art. 117 ust. 2 Pzp jest zrealizowany, gdy możliwe jest wykazanie się posiadaniem uprawnień przez tego z wykonawców występujących wspólnie, który posiada takie uprawnienia i zrealizuje usługi, do których realizacji uprawnienia te są wymagane.

Z odpisu z KRS, jedynym komplementariuszem RODO sp. z o.o. sp.k., jest spółka kapitałowa RODO sp. z o.o. Dodatkowo należy wskazać, że spółka RODO sp. z o.o. sp.k. nie prowadzi działalności prawniczej sklasyfikowanej kodem PKD 69.10.Z oraz nie stanowi spółki, w ramach której adwokaci i radcowie prawni mogą świadczyć pomoc prawną.

Z uwagi na powyższe, niemożliwym jest wykazanie się przez RODO sp. z o.o. sp.k. osobami wskazanymi w celu świadczenia pomocy prawnej, między innymi dlatego, że ten podmiot nie spełnia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które to Zamawiający wskazał w SWZ jako konieczność świadczenia przez te podmioty usług prawnych zgodnie z obowiązującymi powszechnie przepisami prawa.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

- art. 116 Pzp – *1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*

2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów

technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.;

- art. 112 Pzp – 1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.;

- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy;

- art. 253 ust. 1 Pzp – Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

- art. 117 ust. 2 Pzp – Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.;

- art. 114 Pzp – *W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:*

1) *odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub*

2) *odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub*

3) *statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.;*

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;*

- art. 128 ust. 1 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*

2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.;*

- art. 117 ust. 3 i 4 Pzp – 3. *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

4. *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do kwestii treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 SWZ. W tym zakresie Izba doszła

do przekonania, że interpretacja treści ww. warunku dokonana przez odwołującego była nieprawidłowa i przez to nie mogła zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołujący uważał, że w lit. b) nie był zawarty warunek, aby dwie z dziesięciu wykazywanych osób były radcami prawnymi, adwokatami lub prawnikami zagranicznymi. Jego zdaniem, rozdział VII ust. 2 pkt 2 lit. b) powinien być interpretowany oddzielnie od lit. a). Według odwołującego, w lit. b) zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca wykazał dysponowanie dwoma osobami, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, polegającego na świadczeniu usługi wsparcia w realizowaniu zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u zamawiającego, bez ustalania, że mają one mieć uprawnienia radców prawnych lub adwokatów.

Jak wskazano powyżej, argumentacja przedstawiona przez odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie. W tym kontekście słusznie, zdaniem Izby, zauważył zamawiający, że ze stanowiska odwołującego wynikałoby, iż zamawiający wymagał wykazania nie dziesięciu, a tylko ośmiu osób posiadających uprawnienia radców prawnych lub adwokatów. Tymczasem sformułowanie *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje, co najmniej dziesięcioma osobami* znajduje się w treści rozdziału VII SWZ ponad oboma podpunktami opisanymi literami a) i b), co oznaczało, że odnosiło się do treści obu tych jednostek redakcyjnych. Po drugie jak słusznie argumentował przystępujący, zamawiający używając w lit. b) warunku zdolności zawodowej zwrotu *w tym, który oznacza włącznie z, zawierający się w*, odniósł się jednoznacznie do lit. a) powyższego warunku, w którym określono jakie kwalifikacje zawodowe powinny posiadać osoby skierowane do realizacji zamówienia. Zgodnie z określonym przez zamawiającego warunkiem wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia muszą być radcami prawnymi, adwokatami lub prawnikami zagranicznymi, a ponadto muszą dodatkowo posiadać określone w tym warunku doświadczenie. Powyższe rozważania dokonane w oparciu o wszystkie dokumenty zamówienia i ich dokładne przeanalizowanie pozwalało jednoznacznie stwierdzić, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia powinny być radcami prawnymi, adwokatami lub prawnikami zagranicznymi.

W ocenie składu orzekającego za powyższą interpretacją przemawiała również sama nazwa postępowania, tj.: *Obsługa prawna WFOŚiGW w Poznaniu*, która jasno wskazywała, że postępowanie dotyczyło całościowej obsługi prawnej. Podobnie rozdział IV ust. 1 SWZ wskazywał, że *Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie kompleksowej obsługi prawnej Zamawiającego przez okres 12 miesięcy*. Powyższe jasno wskazywało, że zamawiający potrzebował osób, które mogą wykonywać obsługę prawną. Taki sam wniosek wynikał z załączonego do SWZ załącznika nr 5 (projektowane postanowienia umowy). Zgodnie z treścią §1 ust. 2 pkt 5: *Świadczenie obsługi prawnej obejmuje w szczególności następujące*

czynności: (...) Wsparcie w realizacji zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u Zamawiającego. Z postanowienia tego również wynikało, że zamawiający skonstruował jako przedmiot zamówienia świadczenie obsługi prawnej, do której wlicza się wsparcie zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych. Dodatkowo §2 ust. 3 wzoru umowy przewiduje dziesięciopunktową listę osób, za pomocą których wykonawca ma realizować zamówienie, bez podziału na radców prawnych/adwokatów i inne osoby, co potwierdzało, że wszystkie osoby z listy (osób) mają posiadać kwalifikacje wymienione w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. a) SWZ.

Ponadto odwołujący wskazał, że niemożliwe jest na etapie oceny ofert, nadawanie warunkom innego brzmienia i sensu niż wynika to z SWZ, a ponadto zaznaczył, że jeżeli warunek mógł być zinterpretowany w sposób odmienny, to należy go rozpatrywać na korzyść wykonawców. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego Izba uznała, że ww. warunek został skonstruowany w sposób precyzyjny i zrozumiały, co potwierdziły oferty złożone w postępowaniu. Zarówno odwołujący jak i przystępujący w ramach wymogu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. b SWZ w celu wykazania jego spełnienia wskazywali osoby, które posiadają tytuł radcy prawnego albo adwokata. Świadczyło to o tym, że warunek ten przez wszystkich wykonawców jak i zamawiającego rozumiany był w sposób tożsamy. Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert nie dokonał odmiennej interpretacji na etapie oceny ofert od tej, której dokonali wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Co warte wskazania żaden z wykonawców, który mógłby być zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, nie złożył wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie warunku dotyczącego zdolności zawodowej, co także pozwalało stwierdzić, że warunek ten był zrozumiały dla wykonawców, którzy złożyli oferty.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do zagadnienia spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej. W tym kontekście skład orzekający doszedł do przekonania, że jakkolwiek argumentacja odwołującego w zakresie interpretacji przedmiotowego warunku okazała się chybiona, to należało jednak uznać, że wykonawca ten spełnił kwestionowany przez zamawiającego warunek. Jak ustaliła Izba odwołujący w celu spełnienia ww. warunku złożył wykaz osób, w którym wymienił 10 osób i wszystkie wymienione w wykazie osoby, w tym także te mogące uczestniczyć w wykonywaniu zakresu zamówienia, polegającego na świadczeniu usługi wsparcia w realizowaniu zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u zamawiającego, które łącznie wykazały się w okresie ostatnich trzech lat opracowaniem co najmniej trzech Polityk bezpieczeństwa danych osobowych (RODO) dla jednostek sektora finansów publicznych, były radcami prawnymi. Zamawiający nie zakwestionował żadnego z wymogów określonych w warunku opisanym w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 SWZ w stosunku do osób wskazanych

przez odwołującego. Tym samym nie można było uznać, że odwołujący nie spełnił ww. warunku, co oznaczało, że zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. W związku z powyższym potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 116 i art. 112 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Izba doszła do przekonania, że potwierdzenie znalazły także zarzuty podniesione w pkt 2 i 4 *petitum* odwołania. Słuszność przedmiotowego zarzutu wynika przede wszystkim z treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Na tą okoliczność zwrócił uwagę odwołujący w uzasadnieniu tych zarzutów. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający w zasadzie nie wyjaśnił dlaczego oferta odwołującego była niezgodna z przepisami ustawy. Jedyne argumenty zamawiającego, który można przypisać do podstawy odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp odnosił się do art. 117 ust. 2 Pzp, przy czym jak słusznie argumentował odwołujący, zamawiający nie formułował warunku z art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp tj. warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, a także nie wymagał udowodnienia posiadania tych uprawnień na podstawie art. 114 Pzp. Tym samym dla Izby, podobnie jak dla odwołującego, zupełnie niezrozumiałym było powołanie się w treści uzasadnienia odrzucenia oferty na art. 117 ust. 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 Pzp przez ogólnikowe i niejednoznaczne uzasadnienie wskazanej podstawy odrzucenia oferty odwołującego, bez konkretnego wskazania i odniesienia się do przepisów ustawy, wskazujących na niezgodność oferty odwołującego z tymi przepisami, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu oraz art. 117 ust. 2 w zw. z art. 112 ust. 2, w zw. z art. 114 oraz w zw. z art. 16 Pzp, ponieważ zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu wskazanego w pkt 3 *petitum* odwołania Izba uznała za zasadne wskazać na wstępie rozważań, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów. W tym kontekście skład orzekający przyjął za własną argumentację przystępującego i stwierdził, że przepis art. 226 ust.1 pkt 4 Pzp nie określa na podstawie jakich innych przepisów oferta może być nieważna. Pzp w tym zakresie nie zawiera także żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma określona w ww. przepisie obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa, a więc także ustawy dotyczące przepisów, które dotyczą działalności wykonywanej przez radców prawnych, adwokatów oraz prawników zagranicznych.

Izba przyjęła, że pod pojęciem „świadczenia pomocy prawnej” na gruncie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1268, zwanej dalej jako: „PoA”) rozumie się w szczególności udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami. Ponadto, osobą uprawnioną do świadczenia pomocy prawnej według przepisów ww. ustawy jest osoba spełniająca warunki uzyskania wpisu na listę adwokatów ściśle określone w art. 65 ust. 1 PoA i nast.

Na gruncie art. 4a ust. 1 pkt 3) PoA adwokat może wykonywać zawód w różnych formach, tj. w kancelarii adwokackiej, w zespole adwokackim oraz w spółce, w tym komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, jeżeli jej komplementariuszami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Podkreślić należy jednak, że stosownie do ust. 2 wyżej cytowanego przepisu wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa w ust. 1, jest świadczenie pomocy prawnej.

Tożsame regulacje do przepisów korporacyjnych samorządu adwokackiego zawiera również ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1166, zwana dalej jako: „u.o.r.p.”). Zgodnie bowiem z art. 4 u.o.r.p. wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej. Wykonywać ten zawód może natomiast osoba, która spełnia wymagania określone w przepisach cytowanej ustawy (art. 3 ust. 1 u.o.r.p.). Na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 3 u.o.r.p. radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce, w tym komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, jeżeli jej komplementariuszami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Przy czym podkreślić należy, że również w tym przypadku wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa w ust. 1, jest świadczenie pomocy prawnej (art. 8 ust. 2 u.o.r.p.). Natomiast, mając na względzie powyżej przedstawione regulacje prawne wskazać należało, że oferta odwołującego została złożona wspólnie przez dwóch wykonawców. W skład konsorcjum wchodził podmiot RODO.PL Sp. z o.o. Sp. k., który nie spełnił ww. regulacji w zakresie świadczenia usług pomocy prawnej. Podkreślić należy bowiem, że z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla partnera konsorcjum wynikało, iż przedmiotem przeważającej działalności wskazanego przedsiębiorcy jest pozostałe doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania. Ponadto, oprócz głównego przedmiotu działalności,

spółka ta zajmuje się również m.in. doradztwem związanym z oprogramowaniem, z doradztwem w zakresie informatyki czy też zarządzaniem urządzeniami informatycznymi oraz innymi rodzajami działalności (łącznie 9 przedmiotów pozostałej działalności). Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) kodem PKD właściwym dla działalności prawniczej jest 69.10.Z. Co istotne, z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wprost wynikało, że RODO.PL Sp. z o.o., Sp.k. nie prowadzi działalności prawniczej, sklasyfikowanej ww. kodem.

Ponadto jak słusznie wyjaśnili zamawiający i przystępujący, komplementariuszem partnera konsorcjum jest RODO.PL Sp. z o.o. Jak wyżej wskazano, adwokaci lub radcowie prawni mogą natomiast wykonywać swój zawód w spółkach komandytowych, w których to komplementariuszami są osoby ściśle określone przez przepisy danej ustawy, w tym adwokaci lub radcowie prawni. Wśród podmiotów wymienionych w art. 4a ust. 1 PoA oraz art. 8 ust. 1 u.o.r.p. mogących być komplementariuszami spółek komandytowych, w których adwokaci i radcowie prawni wykonują swój zawód, ustawodawca nie wymienił spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Ponadto, jak wyżej wskazano, przedmiotem działalności spółki, w której adwokaci i radcowie prawni wykonują swój zawód może być wyłącznie świadczenie pomocy prawnej. Spółka partnera konsorcjum prowadzi natomiast działalność sklasyfikowaną w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w ramach 10 różnych klas. Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający stwierdził, że RODO.PL Sp. z o.o., Sp.k. nie można traktować jako spółki, w której to zawód może wykonywać adwokat lub radca prawny.

Z SWZ, a w szczególności z załączonego do niej załącznika nr 4 stanowiącego opis przedmiotu zamówienia oraz załącznika nr 5 Projektowane postanowienia umowy wynikało, że przedmiotem umowy jest świadczenie obsługi prawnej zamawiającego, które obejmuje w szczególności następujące czynności: m. in. wsparcie w realizacji zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u zamawiającego, udzielanie porad prawnych i wydawanie opinii prawnych, zastępstwo prawne w ramach toczących się postępowań sądowych itp. Stąd też podmiot, który zawrze umowę z zamawiającym ma dla niego świadczyć obsługę prawną przez radców prawnych, adwokatów lub prawników zagranicznych. Zgodnie z art. 4 u.o.r.p. wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej. Tożsame rozwiązanie zostało wskazane w art. 1 ust. 1 PoA, który określa, że Adwokatura powołana jest do udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa.

Izba uznała, że postanowienia opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy jednoznacznie wskazywały, że zamawiający oczekiwał świadczenia pomocy prawnej, o

której mowa w przepisach PoA oraz u.o.r.p. Z treści złożonego wraz z ofertą oświadczenia o podziale prac wynikało, że partner konsorcjum zobowiązany będzie m.in. do realizacji zadań polegających na prawidłowym stosowaniu przepisów o ochronie danych osobowych, w tym opiniowaniu umów oraz innych dokumentów w zakresie zgodności z przepisami o ochronie danych osobowych. Oznaczało to, że jego zakres zadań miał obejmować również wykonywanie czynności polegających na świadczeniu pomocy prawnej.

Podsumowując Izba stwierdziła, że partner konsorcjum nie prowadzi działalności prawniczej oraz nie stanowi spółki, w ramach której adwokaci i radcowie prawni mogą świadczyć pomoc prawną. Z tego też względu wyżej wskazana spółka nie może wykonać przedmiotu zamówienia i tym samym podpisać umowy, której przedmiotem jest świadczenie pomocy prawnej na rzecz zamawiającego, którą powinni świadczyć radcowie prawni adwokaci lub prawnicy zagraniczni. W ocenie składu orzekającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego z dnia 27 czerwca 2022 r. zawierało informację o powodzie odrzucenia oferty. Wspominało, że zamawiający oczekiwał świadczenia pomocy prawnej przez adwokatów lub radców prawnych (odpowiednio prawników zagranicznych) w ramach powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a świadczenie tej pomocy nie może odbywać się w niezgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa formie tj. w omawianym przypadku – spółki, która nie jest dopuszczona przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa do świadczenia pomocy prawnej na terenie RP. Nie jest zaś dopuszczalne ani wykonywanie czynności zawodowych przez radców prawnych w ramach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ani wykonywanie obsługi prawnej przez taką spółkę za pomocą zatrudnionych w niej pracowników tj. radców prawnych. Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazywało, co było jego powodem – tj. fakt, że partner konsorcjum miałby kierować do wykonywania obsługi prawnej radców prawnych mimo, iż nie jest dopuszczalne na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa świadczenie usług obsługi prawnej przez radców prawnych w ramach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością czy też w niej zatrudnionych. Zamawiający wskazał, że dodatkowo partner konsorcjum nie świadczy usług wsparcia prawnego, co potwierdził brak kodu PKD 69.10 Z dla wykonywanej działalności dla celów statystycznych. Na marginesie tych rozważań należało również wskazać, że odwołujący nie miał problemów z identyfikacją czynności dokonanej przez zamawiającego w kontekście odrzucenia jego oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, co skutkowało oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 Pzp.

Potwierdzenie prawidłowości czynności odrzucenia oferty odwołującego w związku z powyżej określoną podstawą prawną skutkowało oddaleniem odwołania, ponieważ zasadność trzech wcześniejszych zarzutów pozostawała bez wpływu na wynik postępowania. Mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 554 ust. 1 Pzp należy pamiętać, że Izba uwzględnia odwołanie w przypadku, gdy stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O istotnym wpływie na wynik postępowania można mówić w przypadku, gdy popełnione naruszenia przepisów ustawy mają lub mogą nieść konsekwencje w postaci wyboru innego wykonawcy. Istotność należy zatem oceniać w świetle wyniku postępowania, to znaczy czy byłby on inny, gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszeń. W okolicznościach przedmiotowej sprawy naruszenia, których dopuścił się zamawiający nie miały wpływu na wynik postępowania i nie mogły doprowadzić do wyboru oferty odwołującego, ponieważ oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

W konsekwencji Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp. Skoro oferta odwołującego finalnie podlegała odrzuceniu to nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut wskazany w pkt 6 *petitum* odwołania, podniesiony z ostrożności procesowej. Przedmiotowy zarzut miał charakter zarzutu ewentualnego i powinien być rozpatrywany dopiero wtedy gdy wcześniejsze zarzuty okażą się niezasadne.

Jak wynika z poczynionego przez Izbę rozstrzygnięcia zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania okazał się zasadny co oznaczało, że odwołujący spełnił warunek dotyczący zdolności zawodowej. Tym samym Izba nie znalazła żadnego uzasadnienia dla konieczności uzupełnienia oświadczenia o podziale zadań pomiędzy konsorcjantami. Ponadto warto przypomnieć, że kwestia podziału zadań pomiędzy konsorcjantami była przedmiotem wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2022 r. W związku z tym w okolicznościach przedmiotowej sprawy wezwanie do uzupełnienia ww. dokumentu na tym etapie doprowadziłoby do niedozwolonych negocjacji treści oferty i przez to należało oddalić zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: