Sygn. akt: KIO 368/22

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 3 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2022 r. przez wykonawcę Atos Polska S.A. z siedzibą Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości z siedziba w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 368/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie, rozwój i modyfikacje systemu e-Płatności” (nr ref. sprawy: Nr BF-II.3710.1.2021), ogłoszenie zamieszczono w DzUUE OJ/S 121-319718.

Odwołujący: Atos Polska S.A. z/s w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1) odrzuceniu oferty Atos, pomimo że oferta ta nie podlega odrzuceniu w rozumieniu przepisów Pzp;

2) unieważnieniu postępowania, pomimo że nie zaistniały przesłanki unieważnienia w rozumieniu przepisów Pzp;

3) prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasadę prowadzenia postępowania w sposób jawny i przejrzysty.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 16 pkt 1 i 2 i art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, a w związku z tym pozbawienie go możliwości weryfikacji poprawności badania oferty przez Zamawiającego oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości;

3) art. 255 pkt 2 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności unieważnienia

postępowania; b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego; c) dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Odwołującego;

d) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Oferta Odwołującego została uznana za podlegającą odrzuceniu i Zamawiający unieważnił Postępowanie, co pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W Postępowaniu złożono 2 oferty: Atos Polska S.A. oraz konsorcjum: Comarch Polska S.A. i Comarch S.A..

Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp pismami z: 21.10.2021 r., 4.11.2021 r., 12.11.2021 r., 7.12.2021 r. Odwołujący odpowiedział ze szczegółową argumentacją w pismach z: 28.10.2021, 8.11.2021, 16.11.2021 i 9.12.2021 r.

W dniu 1.02.2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Obie czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów Pzp.

II. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 i art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, a w związku z tym pozbawienie go możliwości weryfikacji poprawności badania oferty przez Zamawiającego oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości

W piśmie z dnia 27 stycznia 2022 r. Zamawiający wskazał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego całkowicie pomijając obowiązek wskazania uzasadnienia faktycznego, który wynika wprost z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się ustosunkować do wskazanych uchybień (wyrok KIO 1864/20, KIO 1869/20). W wyroku KIO 1848/21 Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazując, że brak uzasadnienia faktycznego pozbawia odwołującego możliwości weryfikacji w całości lub w części poprawności badania oferty przez zamawiającego. Wskazany przepis stanowi, iż niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty

Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający winien szczegółowo wyjaśnić i uzasadnić, dlaczego wynik badania oferty Odwołującego zakończył się jego negatywną oceną. W szczególności Zamawiający powinien podać konkretnie, jaka część oferty nie została uznana przez Zamawiającego za zgodną z warunkami zamówienia oraz wskazać, które warunki nie zostały spełnione i jaka argumentacja Odwołującego, wskazana w wyjaśnieniach, nie znalazła uznania u Zamawiającego jako zgodna z warunkami zamówienia. „Nie jest bowiem zadaniem odwołującego domyślanie się jakie były intencje zamawiającego i przewidywanie możliwych scenariuszy badania oferty przez zamawiającego. „

Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i wyczerpujące wskazanie przesłanek decyzji Zamawiającego warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Trudno jest podnosić zarzuty względem powodów odrzucenia oferty, których Odwołujący może się jedynie domyślać.

Obowiązki informacyjne Zamawiającego, w tym także w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez Zamawiającego, które mają wpływ na przebieg Postępowania oraz sytuację Odwołującego. Przewidziane w przepisach Pzp obowiązki Zamawiającego w zakresie przekazywania uczestnikom postępowania uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować ocenę prawidłowości działań Zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagą, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny.” (tak w wyroku KIO 1117/15; podobnie w KIO 885/15, KIO 1316/14, KIO 1745/14, KIO 2028/14).

Nie ma także wątpliwości, że „obowiązek informacyjny zamawiającego, o którym mowa w 253 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych dotyczy także sytuacji, gdy postępowanie nie zakończyło się wyborem oferty najkorzystniejszej, ale jego unieważnieniem. (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 2102/21). Tym samym, Zamawiający nie sprostał obowiązkowi z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, który warunkuje uznanie odrzucenia oferty za dokonane prawidłowo i skutecznie.

III. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty oraz art. 255 pkt 2 Pzp przez unieważnienie postępowania.

Aktualne pozostaje stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 2503/11, w którym Izba stwierdziła, że „czynność odrzucenia oferty odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. " .

Pomimo braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący musi jednak, z ostrożności, odnieść się do potencjalnych przesłanek odrzucenia oferty przez Zamawiającego i domyślać się argumentacji Zamawiającego na etapie odwołania, a nie na etapie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty.

W toku Postępowania Zamawiający zwracał się do Odwołującego, w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień w przedmiocie dysponowania przez Odwołującego zasobem własnym do realizacji przedmiotowego zamówienia i samodzielnego wykonania zamówienia. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których przedstawił szczegółową argumentację w zakresie wezwania oraz członków zespołu, który realizować będzie zamówienie. Z wykazu jednoznacznie wynika, że są to osoby zatrudnione u Odwołującego lub w jego bezpośredniej dyspozycji. Ze względu na szczególne uwarunkowania zatrudnienia w ramach grupy kapitałowej oraz oczekiwanie na odnowienie certyfikatu, wskazane zostały także zasoby podmiotów z grupy. Nie ma jednak wątpliwości, że Odwołujący spełnia warunki zamówienia. Odwołujący na etapie składania ofert złożył oświadczenie, że wykona prace bez udziału podwykonawców. Z przepisów Pzp nie wynika obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego. Wskazać można chociażby wyrok KIO 2659/19, z którego wynika, że „w ocenie Izby nie można z góry zakładać, że realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej jest tożsame z zaangażowaniem podmiotu trzeciego przekazującego swój potencjał w charakterze podwykonawcy”.

Odwołujący będzie dysponował całością zasobów wskazanych w Wykazie, z czego są to zasoby w pełnej dyspozycji Odwołującego, które będą realnie realizowały zamówienie. Aktualnie osoby wskazane w Wykazie realizują projekty u Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że przepisy prawa powinny być interpretowane pod kątem celowościowo-funkcjonalnym, tzw. wykładnia funkcjonalna. Nie ma wątpliwości, że u podstaw przepisów Pzp stała potrzeba zapewnienia wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który ma zrealizować zamówienie. Istniała obawa, że przy wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego, nie będzie to potencjał wykonawcy, który w określonych okolicznościach jest wymagany. Odwołujący wskazuje, że w okolicznościach tego Postępowania i w odniesieniu do Atos nie ma takiego zagrożenia. Nadrzędnym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Odwołujący wykona zamówienie osobiście, z wykorzystaniem wszystkich posiadanych i dostępnych mu zasobów, posiadających wiedzę i doświadczenie wymagane.

Zamawiający, w okolicznościach Postępowania, nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż jej treść była zgodna z warunkami zamówienia. Przyjęcie innej interpretacji uznać należałoby za naruszenie przepisów Pzp. W świetle powyższego, tj. braku przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie postępowania stanowiło rażące naruszenie Zamawiającego, który w sposób nieuprawniony pozbawił Odwołującego uzyskania zamówienia w Postępowaniu, w którym jego i tylko jego oferta spełniała warunki zamówienia i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiający wskazał:

Wbrew twierdzeniu, złożona oferta podlegała odrzuceniu, a argumentacja odwołania jest chybiona. W tym zakresie swoją aktualność zachowuje w całej rozciągłości stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 27 stycznia 2022 r. o unieważnieniu postępowania, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym tej czynności.

Zamawiający w postępowaniu zastrzegł obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 121 Pzp. Mianowicie, w pkt. 5.7 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), wskazano, cyt.: „Zamawiający działając na podstawie art. 121 Ustawy zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 PPU tj. utrzymania i modyfikacji systemu e-Płatności.”.

Zamawiający poinformował wykonawców o tym, iż kluczowe zadania określone w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 PPU mają być obowiązkowo osobiście wykonane przez wykonawcę. Przytoczone zastrzeżenie nie budziło wątpliwości potencjalnych wykonawców.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp, „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.”. Z kolei art. 118 ust. 2 Pzp stanowi, że „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.” Powyższe regulacje należy rozpatrywać w kontekście konkretnego postępowania, jego specyfiki i treści wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, określonych przez Zamawiającego w SWZ.

Określenie przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań wiąże się z brakiem możliwość skorzystania przez Odwołującego z usług podwykonawców (oczywiście w odniesieniu do zadań z § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 PPU), a także z brakiem możliwości powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący do oferty załączył zobowiązania podmiotów trzecich do oddania niezbędnych zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonych w rozdziale 7.2.1 SWZ, tj.:

- Zobowiązanie Atos Poland Global Services Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji

Odwołującego: /.../

- wszystkich wyżej wymienionych zgodnie z warunkiem 7.2.1.

Odwołujący (co wynika wprost z przedłożonych Zamawiającemu zobowiązań podmiotów trzecich) w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy powołał się w odniesieniu do

wszystkich ról wskazanych w rozdziale 7.2.1 SWZ na zasoby podmiotów trzecich. Do pełnienia żadnej ze wspomnianych powyżej ról nie wskazał kandydata, który stanowił by jego zasób własny. Opisany stan rzeczy przeczy wyjaśnieniom wykonawcy jakoby zamierzał osobiście wykonać część zamówienia wskazaną w SWZ. W jaki sposób chce to uczynić skoro nie wskazał chociażby jednej osoby do pełnienia przynajmniej jednej z ról opisanych w rozdziale 7.2.1 SWZ. Postępowanie Odwołującego jedynie utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, iż nie będzie osobiście wykonywał zadań, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 PPU (zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę) natomiast będzie korzystał w tym przypadku z zasobów podmiotów trzecich. Co więcej powołując się w zakresie spełnienia ,,warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy" na zasoby podmiotów trzecich Wykonawca jest wręcz zobowiązany do tego aby podmioty te wykonały roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zdolności, na które w trakcie postepowania Wykonawca się powołał są wymagane.

Zamawiający podjął niezbędne czynności zmierzające do usunięcia wszelkich wątpliwości przez ustalenie stanu faktycznego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający wielokrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie celem rzetelnego i dokładnego zbadania stanu faktycznego oraz w celu wyjaśnienia wątpliwości powstałych po stronie Zamawiającego na etapie badania ofert. Niemniej, w ostatecznym stanowisku Odwołujący wskazał, co następuje:

„1) Zamawiający określił w wymaganiach SWZ liczbę osób i ról jako minimalną a Wykonawca mając wiedzę i doświadczenie z poprzedniego projektu zabezpiecza się większą ilością dedykowanych do projektu ekspertów wspierając się zasobami z grupy kapitałowej;

2)posiadanie wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów i doświadczenia dla ról określonych w SWZ może w niektórych przypadkach nie być wystarczające i będzie wymagać wsparcia innych ekspertów adekwatnie do ich wiedzy i doświadczenia, dlatego Wykonawca zabezpieczył sobie wsparcie z grupy kapitałowej dla wszystkich wymaganych ról;

3)jak sam Zamawiający wskazał w SWZ pkt 5.6. przedmiot zamówienia jest całkowicie jednolity i wymagane w tabeli 7.2.1 role będą w zależności od sytuacji uczestniczyć w realizacji wszystkich zadań, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 3 PPU."

Dowody: pisma zamawiającego i odwołującego (w dokumentacji)

Wobec jednoznacznie brzmiącego oświadczenia Odwołującego, potwierdzającego, że zamiarem Odwołującego jest korzystanie z zasobów podmiotów trzecich przy realizacji zastrzeżonych do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (patrz cytowany wyżej pkt 5.7 SWZ), Zamawiający przyjął, zgodnie z tak stwierdzonym stanem faktycznym, że treść złożonej przez Odwołującego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i zgodnie z art. 226 ust. 1 Pzp, podlega odrzuceniu.

Stwierdzić należy, że powołanie się przez Odwołującego w postępowaniu na zasoby podmiotu trzeciego jest niezgodne z warunkami zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia charakter stosunku prawnego łączącego Odwołującego z podmiotem trzecim, w szczególności to, czy następuje w oparciu o umowę o podwykonawstwo w rozumieniu Pzp. Reasumując, Zamawiający ofertę Odwołującego odrzucił, gdyż w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nie mógł jej nie odrzucić.

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m.in. wówczas, gdy wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu (art. 255 pkt 2 Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu złożono tylko dwie oferty, obie podlegające odrzuceniu, tym samym spełnione zostały przesłanki unieważnienia postępowania.

Wobec tego, Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie zamieszczając informację o unieważnieniu postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacja przekazana wykonawcom, w tym

Odwołującemu, zawierała - stosownie do wymogu art. 260 ust. 1 Pzp - uzasadnienie faktyczne i prawne zarówno unieważnienia postępowania jak i odrzucenia oferty Odwołującego. Dowód nr 9: wydruk informacji o unieważnieniu postępowania przekazanej Odwołującemu za pośrednictwem Smart PZP w dniu 1 lutego 2022 roku o godz. 21:56:46 Wobec pełnej transparentności i legalności działań, w tym czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, brak jest podstaw do postawienia Zamawiającemu jakichkolwiek zarzutów w zakresie prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czy zasadę prowadzenia postępowania w sposób jawny i przejrzysty. Z kolei uwzględnienie

odwołania niechybnie prowadziłoby do naruszenia zasady równości, o czym była już mowa powyżej.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego czynność odrzucenia oferty odwołującego miała podstawę i uzasadnienie w ustalonym stanie faktycznym wobec niespornego wymogu postawionego w specyfikacji warunków zamówienia co do osobistego wykonywania zadań opisanych w pkt 7.2.1 swz.

Zamawiający zastrzegł bowiem obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 121 Pzp. W pkt. 5.7 swz wskazano na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 PPU tj. utrzymania i modyfikacji systemu e-Płatności.”. Zatem wykonawcy byli poinformowani, iż kluczowe zadania (kluczowe usługi) określone w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 PPU mają być obowiązkowo osobiście wykonane przez wykonawcę. Przytoczone zastrzeżenie nie było przedmiotem wątpliwości wykonawców.

Tymczasem w postępowaniu Odwołujący do oferty załączył zobowiązania podmiotów trzecich do oddania niezbędnych zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonych w rozdziale 7.2.1 SWZ, tj.: - Zobowiązanie Atos Poland Global Services Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Odwołującego: (tu wskazano wymagane stanowiska) oraz Zobowiązanie Atos Information Technology Gmbh do oddania do dyspozycji Odwołującego:

- wszystkich wyżej wymienionych zgodnie z warunkiem 7.2.1.

Wykonawca wskazał na osoby spełniające warunek stanowiące zasób podmiotów trzecich, czego nie zmienia fakt, że podmiotem trzecim jest wg oświadczenia odwołującego, osoba prawna ze wspólnej grupy kapitałowej. Nie powoduje także odmiennej oceny okoliczność, że wykonawca wskazał także na osoby, którymi dysponuje wprost, jednakże nie spełniająca warunków, co potwierdził sam wykonawca stwierdzając trwającą procedurę certyfikacji. Opisany stan rzeczy jest zatem odmienny od deklaracji wykonawcy o osobistym wykonywaniu przedmiotowej części zamówienia.

Zatem stwierdzić należy, że powołanie się przez Odwołującego w postępowaniu na zasoby podmiotu trzeciego jest niezgodne z warunkami zamówienia, czego konsekwencją było odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu złożono tylko dwie oferty, obie podlegające odrzuceniu, w tym odwołującego, zatem spełnione zostały przesłanki unieważnienia postępowania.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego obowiązku informacyjnego z art. 253 ust. 1 pkt 2 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp - statuującego wymóg przedstawienia wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy oraz unieważnienia postępowania, skład orzekający uznaje zarzut za zasadny. Decyzja zamawiającego z dnia 27 stycznia 2022 r. zawiera rozstrzygnięcie o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu dwóch złożonych ofert. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania, jakkolwiek lakoniczne, zawiera potwierdzenie faktu odrzucenia obydwu złożonych ofert i może być uznane za uzasadnienie faktyczne decyzji.

Natomiast decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego bez wątpienia nie zawierała żadnego uzasadnienia faktycznego, zatem jej treść uchybia wymogowi z powołanego przepisu ustawy pzp.

Zamawiający nie przedstawił dowodu na poparcie swojej tezy o podaniu uzasadnienia

faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty.

Stwierdzenie powyższego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 in fine jest w ocenie składu orzekającego jednoznaczne.

Powyższe naruszenie, w ocenie Izby, nie daje jednak podstaw do uwzględnienia odwołania, wobec uznania braku wpływu naruszenia przepisu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji wobec powyższego stwierdzenia, mając na uwadze postanowienie art. 554 ust. 1 pkt, odwołanie nie zostało uwzględnione.

Zasadność niniejszego rozstrzygnięcia uzasadnia niesporna okoliczność, iż odwołującemu,

pomimo braku otrzymania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty, w

rzeczywistości znane były przyczyny takiego rozstrzygnięcia, a przynajmniej z łatwością się ich domyślił. Wskazuje na to w szczególności treść odwołania, w którym „z ostrożności" odwołujący odniósł się do „potencjalnych przesłanek odrzucenia oferty przez Zamawiającego."

Owe potencjalne przesłanki istotnie były rzeczywistymi przesłankami i podstawami oceny zamawiającego, czego wykonawca z łatwością się domyślił, mając w szczególności na treść prowadzonego między stronami postępowania wyjaśniającego udokumentowanego obszerną korespondencją wskazaną powyżej.

W świetle powyższego, pomimo wskazanego naruszenia przepisu ustawy przez zamawiającego, ustalenie wyniku postępowania zostało uznane za prawidłowe.

W świetle powyższego, orzeczono, 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 § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Nie uwzględniono wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wobec nieprzedstawienia przez ten podmiot do akt sprawy stosownego rachunku lub spisu kosztów wymaganego postanowieniami § 5 pkt 2 wyżej wskazanego rozporządzenia.

Przewodniczący: .....