

WYROK

z dnia 9 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo  
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia

M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MG PARTNER M. G. z siedzibą w Warszawie i MG PARTNER M. G. spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Kutno - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Kutnie

przy udziale wykonawcy Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych z siedzibą w Kutnie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MG PARTNER M. G. i MG PARTNER M. G. spółka komandytowa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MG PARTNER M. G. i MG PARTNER M. G. spółka komandytowa tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

Zamawiający: Masto Kutno - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Kutnie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług asystenta osobistego osoby niepełnosprawnej w 2022 r. w ramach programu Asystent osobisty osoby niepełnosprawnej - edycja 2022” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 12 kwietnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00118747/01. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MG PARTNER M. G. i MG PARTNER M. G. spółka komandytowa wniósł odwołanie w zakresie części I i II zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdziałem 22. specyfikacji warunków zamówienia i punktem 8. formularza ofertowego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy fundacja Inkubator Innowacji Społecznych, zwanego dalej „Przystępującym”, pomimo że wykonawca ten nie wypełnił obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), zwane dalej „RODO” i złożył fałszywe oświadczenie w punkcie 8. formularza ofertowego w tym zakresie, bowiem pozyskał dane osobowe dotyczące osób wskazanych w wykazie osób: T. B., E. K.-M., L. J. i B. K. bez zgody i wiedzy tych osób oraz wykorzystał te dane osobowe w toku postępowania wbrew woli osób, których te dane dotyczą, co czyni ofertę niezgodną z przepisami ustawy,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdziałem 22. specyfikacji warunków zamówienia i punktem 8. formularza ofertowego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wypełnił obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i art. 14 RODO i złożył fałszywe oświadczenie w punkcie 8. formularza ofertowego w tym zakresie, bowiem pozyskał dane osobowe dotyczące osób wskazanych w wykazie osób: T. B., E. K.-M., L. J. i B. K. bez zgody i wiedzy tych osób oraz wykorzystał te dane osobowe w toku postępowania wbrew woli osób, których te dane dotyczą, co czyni ofertę niezgodną z warunkami zamówienia,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdziałem 7. pkt 7.1.4 lit. a) i b) specyfikacji warunków zamówienia poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowanie kadrą), gdyż w wykazie osób wskazał osoby, których dane osobowe zostały pozyskane bez wiedzy i zgody tych osób, a w konsekwencji wykonawca faktycznie nie dysponuje tymi osobami na potrzeby wykonania zamówienia,

4. art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Przystępującego pismem z 23 maja 2022 r. do złożenia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

publicznego - załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia, pomimo iż 20 maja 2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym zakończył etap badania i oceny ofert, toteż wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych bez uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za niedopuszczalne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych,

5. art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Przystępującego pismem z 23 maja 2022 r. do złożenia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego - załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia, a następnie zaaprobowanie „odpowiedzi” złożonej przez Przystępującego, pomimo iż nie złożył on wyjaśnień, lecz dodatkowe dokumenty, które nie były określone w treści specyfikacji warunków zamówienia oraz nie są przewidziane rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2415),

6. art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej 20 maja 2022 r. przy powziętych przez Zamawiającego wątpliwościach wobec podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób złożonego przez Przystępującego, a następnie skierowanie do Przystępującego wezwania z 23 maja 2022 r. w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

7. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, pkt 3, pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że oferta ta polegała na odrzuceniu, a w konsekwencji nie podlegała ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i II zamówienia, powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie części I i II zamówienia, odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie części I i II zamówienia, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, a także dopuszczenie i przeprowadzenie wnioskowanych dowodów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w zakresie części I i II zamówienia ofertę złożoną przez Przystępującego, z którym to rozstrzygnięciem postępowania i przeprowadzoną oceną oferty wybranej jako najkorzystniejsza nie sposób się zgodzić.

Wykonawca, podając dane osobowe osób wskazanych w ofercie do realizacji przedmiotu zamówienia, obowiązany jest wypełnić w stosunku do tych osób obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 13 i art. 14 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), RODO. Powołany art. 13 ust. 1 RODO, stanowi: 1. Jeżeli dane osobowe osoby, której dane dotyczą, zbierane są od tej osoby, administrator podczas pozyskiwania danych osobowych podaje jej wszystkie następujące informacje: a) swoją tożsamość i dane kontaktowe oraz, gdy ma to zastosowanie, tożsamość i dane kontaktowe swojego przedstawiciela; b) gdy ma to zastosowanie - dane kontaktowe inspektora ochrony danych; c) cele przetwarzania danych osobowych, oraz podstawę prawną przetwarzania; d) jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f) - prawnie uzasadnione interesy realizowane przez administratora lub przez stronę trzecią; e) informacje o odbiorcach danych osobowych lub o kategoriach odbiorców, jeżeli istnieją; f) gdy ma to zastosowanie - informacje o zamiarze przekazania danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej oraz o stwierdzeniu lub braku stwierdzenia przez Komisję odpowiedniego stopnia ochrony lub w przypadku przekazania, o którym mowa w art. 46, art. 47 lub art. 49 ust. 1 akapit drugi, wzmiankę o odpowiednich lub właściwych zabezpieczeniach oraz informację o sposobach uzyskania kopii tych zabezpieczeń lub o miejscu ich udostępnienia.

Przystępujący złożył ofertę, w której w punkcie 8. formularza ofertowego oświadczył, że wypełnił obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 oraz/lub art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskał w celu ubiegania

się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie wraz

z formularzem ofertowym złożył wykaz osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, stanowiący podmiotowy środek dowodowy przewidziany w punkcie 9.2.1

specyfikacji warunków zamówienia, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kadrą. Następnie, w odpowiedzi na wezwanie do

złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdził aktualność wykazu osób przedłożonego wraz z formularzem ofertowym. W wykazie tym Przystępujący wskazał dane ww. osób oraz wskazał, że dysponuje tymi osobami w sposób bezpośredni, tj. na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy przedwstępnej lub porozumienia o współpracy. Istotnym jest, że wymienione osoby nie wyraziły zgody na wykorzystanie ich danych osobowych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu oraz nie miały świadomości, że ich dane zostały przez Przystępującego wykorzystane. Powyższe potwierdzają oświadczenia z 17 maja 2022 r. złożone przez ww. osoby, które stanowią kadrę

firmy Odwołującego, a z Przystępującym nie łączy ich żaden stosunek, który pozwalałby na uznanie, że Przystępujący dysponuje tymi osobami.

Wobec powyższego Przystępujący nie wypełnił obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i art. 14 RODO i złożył fałszywe oświadczenie w tym zakresie w formularzu ofertowym. Przystępujący pozyskał dane osobowe dotyczące tych osób bez ich zgody oraz wykorzystał te dane w toku postępowania wbrew woli osób, których te dane dotyczą. Jednocześnie, składając fałszywe oświadczenie w punkcie 8. formularza ofertowego, świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Odwołujący, pismem z 22 maja 2022 r., poinformował Zamawiającego o powyższym stanie rzeczy oraz przekazał oświadczenia z 17 maja 2022 r. złożone przez ww. osoby wskazując, że Zamawiający, działając na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ramach tzw. samokontroli, powinien unieważnić dokonane przez siebie czynności, które okazały się niezgodne z ustawą i doprowadzić do stanu zgodnego z prawem. W reakcji na powyższe Zamawiający nie dokonał uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz, pismem z 23 maja 2022 r., wezwał Przystępującego, w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia.

Procedura wyjaśnień uregulowana w art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie wyłącznie na etapie postępowania obejmującym badanie i ocenę ofert. Zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej i publikując informację w tym

zakresie, zakończył etap badania i oceny ofert uznając, że wybrana oferta spełnia wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia, nie podlega odrzuceniu i uzyskała najwięcej punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonane po wyborze oferty najkorzystniejszej należy uznać za niedopuszczalne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, po powzięciu uzasadnionych wątpliwości dotyczących oferty Przystępującego, powinien był uprzednio unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powrócić do etapu postępowania obejmującego badanie i ocenę ofert i wówczas zainicjować procedurę uregulowaną art. 128 ust. 1 lub ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od tego Przystępujący nie złożył wyjaśnień w odniesieniu do wykazu osób, lecz przedłożył dodatkowe dokumenty, które nie były określone w treści specyfikacji warunków zamówienia oraz nie są przewidziane ww. rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Tym samym odpowiedź Przystępującego jest niezgodna z treścią wezwania i wykracza poza ramy procedury dotyczącej wyjaśnień uregulowanej art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z 23 maja 2022 r., Odwołujący wskazał, że:

1. Deklaracja współpracy i oświadczenie dotyczące przetwarzania danych osobowych, na którym widnieje podpis L. J., nie posiada oznaczenia daty sporządzenia przedmiotowego dokumentu. Przedmiotowa deklaracja i oświadczenie dotyczące przetwarzania danych osobowych zostały podpisane przez panią J. dopiero 20 maja 2022 r., a zatem Przystępujący w chwili składania oferty, w tym oświadczenia z punktu 8. formularza ofertowego, wraz z wykazem osób nie dysponował wskazaną osobą jako kadrą wykonawcy oraz nie wypełnił obowiązków informacyjnych wywodzonych z art. 13 i 14 RODO. Powyższe potwierdza oświadczenie pani J. z 25 maja 2022 r., załączone do odwołania.

2. Deklaracja współpracy - bez oznaczenia daty i oświadczenie dotyczące przetwarzania danych osobowych datowane na 8 lutego 2022 r., dotyczące T. B., zostały podrobione. Pani B. nie podpisywała przedmiotowej deklaracji i nie składała oświadczenia o tej treści, zaś jej podpis został podrobiony. Powyższe znajduje potwierdzenie w oświadczeniu z 25 maja 2022 r., które zostało własnoręcznie sporządzone przez panią B. po okazaniu jej dokumentu wytworzonego przez Przystępującego.

3. Deklaracja współpracy - bez oznaczenia daty i oświadczenie dotyczące przetwarzania danych osobowych datowane na 3 stycznia 2022 r., dotyczące E. K.-M., zostały podrobione. Pani K.-M. nie podpisywała przedmiotowej deklaracji i nie składała oświadczenia o tej treści, zaś jej podpis został podrobiony. Powyższe znajduje potwierdzenie w oświadczeniu z 25 maja 2022 r., które zostało własnoręcznie sporządzone przez panią K.-M. po okazaniu jej dokumentu wytworzonego przez Przystępującego.

4. Deklaracja współpracy - bez oznaczenia daty i oświadczenie dotyczące przetwarzania danych osobowych datowane na 8 lutego 2022 r., dotyczące B. K. zostały podrobione. Pani

K. nie podpisywała przedmiotowej deklaracji i nie składała oświadczenia o tej treści, zaś jej podpis został podrobiony. Powyższe znajduje potwierdzenie w oświadczeniu z 25 maja 2022 r., które zostało własnoręcznie sporządzone przez panią K. po okazaniu jej dokumentu wytworzonego przez Przystępującego.

W konsekwencji przytoczonych powyżej uchybień Zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem oferta jest niezgodna z przepisami ustawy oraz warunkami zamówienia.

Zamawiający w rozdziale 7. pkt 7.1.4 lit. a) i b) specyfikacji warunków zamówienia określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowanie kadraj). Podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz osób. Przystępujący wraz z formularzem ofertowym złożył wykaz osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, wskazując w nim dane ww. osób oraz wskazał, że dysponuje tymi osobami w sposób bezpośredni, tj. na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy przedwstępnej lub porozumienia o współpracy. Z uwagi na fakt, że Przystępujący w złożonym wykazie wskazał dane ww. osób wbrew woli i wiedzy tych osób, to oczywistym jest, że Przystępujący nie dysponuje tymi osobami w sposób zadeklarowany w wykazie osób. W konsekwencji nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie dysponuje niezbędnymi zasobami kadrowymi na potrzeby wykonania zamówienia. Ponadto wykaz osób, w którym wymieniono osoby nie stanowiące zasobów kadrowych Przystępującego i którymi Przystępujący faktycznie nie dysponuje, jest wadliwy, co nie pozwala na uznanie takiego wykazu za podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający błędnie oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części 1. i części 2. zamówienia. Działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia tej oferty pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych podniesionymi w zarzutach odwołania. Jednocześnie Zamawiający dopuścił się uchybień proceduralnych, które dyskwalifikują dokonaną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający powinien unieważnić czynność polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz powtórzyć czynności badania i oceny ofert.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Z zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wskazał, z jakimi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych miałyby być sprzeczne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, a zatem nie sprecyzował wystarczająco odwołania w tym zakresie. Jest to konieczne w świetle brzmienia przepisu art. 516 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarte w rozdziale 22. specyfikacji warunków zamówienia postanowienia stanowią wypełnienie obowiązku informacyjnego spoczywającego na Zamawiającym z mocy ustawy Prawo zamówień publicznych. Spełnienie bądź niespełnienie przez Przystępującego obowiązku informacyjnego wobec osób wskazanych w wykazie osób nie może być wobec tego oceniane przez pryzmat zgodności z rozdziałem 22. specyfikacji warunków zamówienia. Co do oświadczenia złożonego w punkcie 8. formularza oferty, a dotyczącego wypełnienia obowiązku informacyjnego przez wykonawcę, Zamawiający powołał się na wyrok KIO 2395/19, odnoszący się do braku oświadczenia wykonawcy co do spełnienia obowiązków wynikających z RODO przez wykonawcę, z którego wynika, że brak złożenia takiego oświadczenia nie może powodować uznania, że złożona oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia, bowiem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiekolwiek wymogi zamawiającego, zawarte w specyfikacji warunków zamówienia, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oświadczenie takie w żaden sposób natomiast nie wpływało na zakres zobowiązania wykonawcy w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego nie zachodzi niezgodność oferty z przepisami ustawy, a zatem brak było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że definicję warunków zamówienia zawiera art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z tą definicją są to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności

z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący precyzyjnie nie wskazał, z jakimi warunkami zamówienia jest niezgodne pozyskanie danych osobowych osób, które - jak twierdzi - jest dokonane bez zgody i wiedzy tych osób. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych

warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 ustawy Prawo zamówień publicznych. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Ponieważ w odwołaniu nie wykazano sprzeczności oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu przepisu art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie zachodzi niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Wobec powyższego brak było

podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że określił w punkcie 7.1.4 specyfikacji warunków zamówienia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub

zawodowej w zakresie potencjału kadrowego, jakim musi dysponować wykonawca.

W odniesieniu do części I zamówienia wykonawca musiał dysponować 17 osobami. Przystępujący przedstawił w wykazie osób 20 osób, z których co do L. J. Odwołujący

zarzuca pozyskanie danych bez jej zgody i wiedzy. Z przedstawionej

w odwołaniu kopii oświadczenia wynika, że osoba ta podpisała deklarację o współpracy

20 maja 2022 r. Zamawiający nie zawarł w specyfikacji warunków zamówienia uregulowania, że dysponowanie osobą musiało być potwierdzone wyłącznie w formie pisemnej. Zatem nawet gdyby przyjąć, że ta osoba nie powinna być wskazana przez Przystępującego w wykazie osób, gdyż Przystępujący nie mógł być pewien, iż osoba ta rzeczywiście podejmie współpracę (bo np. były to tylko ustne uzgodnienia, a brak było zobowiązania tej osoby na piśmie), pozostaje 19 osób, których prawidłowości wskazania w wykazie osób Odwołujący nie kwestionuje. Pani J. jednak podpisała deklarację o współpracy, zatem jest gotowa przy realizacji zamówienia pracować. Zważywszy na powyższe Przystępujący spełnia wymóg dysponowania potencjałem kadrowym w liczbie co najmniej 17 osób co do części I zamówienia.

W odniesieniu do części II zamówienia, aby spełnić warunki udziału, należało dysponować co najmniej 18 osobami. Przystępujący wskazał 20 osób, z których Odwołujący kwestionuje 3 osoby. Odwołujący w piśmie z 22 maja 2022 r. przekazał kopie oświadczeń tych osób, z których wynikało, że osoby te nie są zatrudnione przez Przystępującego oraz nie były świadome wykorzystania ich danych na potrzeby postępowania. Dlatego Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie tych kwestii. Przystępujący, 24 maja 2022 r., złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że „podtrzymuje prawidłowość złożonych dokumentów i działanie zgodne z SWZ zarówno jeśli chodzi o oświadczenie jak i załączniki nr 7 i 9 do SWZ. Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego jest zgodny ze stanem faktycznym i przy zachowaniu wszystkich wymogów SWZ. Wszystkie wymienione przez Pełnomocnika Zamawiającego w piśmie z dnia 23.05.2022 są w naszej dyspozycji bezpośredniej, tj. osobiście złożyły stosowne deklaracje współpracy, a więc zostały umieszczone w wykazie za ich zgodą i wiedzą (skan deklaracji przekazujemy w załączeniu; deklaracje posiadają niezbędne zgody na przetwarzanie danych osobowych).”

W odwołaniu Odwołujący powołuje się na oświadczenia złożone przez te osoby, załączone do odwołania. Zamawiający, analizując treść oświadczeń załączonych do odwołania, dostrzega sprzeczności wewnętrzne w treści tych oświadczeń. Osoby te wskazują, że podpisały deklarację współpracy i dołączone do nich oświadczenia, a w końcowej części stwierdzają, że jednak ich podpisy na oświadczeniach są podrobione. Niemniej jednak z oświadczeń tych wynika, że osoby te podpisywały na rzecz Przystępującego deklarację o współpracy. Kwestionują daty tych oświadczeń, ale nie wskazują, że podpisywały deklarację współpracy po złożeniu przez Przystępującego oferty w niniejszym postępowaniu bądź też po złożeniu przez Przystępującego podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób. Z oświadczeń również nie wynika, że nie będą współpracować

z Przystępującym przy realizacji zamówienia. Zamawiający wątpliwości co do treści podmiotowego środka dowodowego wyjaśnił na podstawie wyjaśnień z 24 maja 2022 r. złożonych przez Przystępującego, nie zaś w oparciu o załączone do wyjaśnień dokumenty, których nie żądał, a Przystępujący złożył je z własnej inicjatywy. W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw, by uznać, że Przystępujący nie dysponuje tymi osobami. Zatem brak było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z zakresie zarzutu nr 4 i 5 Zamawiający wskazał, że po wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał od Odwołującego pismo zawierające kopie oświadczeń z 17 maja 2022 r. ww. osób wskazujące, że osoby te nie są zatrudnione przez Przystępującego. W oświadczeniach tych zawarto stwierdzenie, że osoby te nie były świadome wykorzystania ich danych osobowych na potrzeby postępowania. W ocenie Zamawiającego zwrócenie się do Przystępującego o wyjaśnienia na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W art. 7 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł definicję postępowania o udzielenie zamówienia wskazując, że należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. W świetle tej definicji nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty postępowanie nadal trwa. Z kolei z art. 110 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że wykonawca może być wykluczony na każdym etapie postępowania. Natomiast z art. 274 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Zatem jeśli zdaniem ustawodawcy można na każdym etapie postępowania wykluczyć wykonawcę, a w celu wyjaśnienia, czy wykonawca podlega wykluczeniu można się zwracać o wyjaśnienia, lub na każdym etapie postępowania wzywać do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, to także można żądać wyjaśnień na każdym etapie postępowania. Zatem żądanie wyjaśnień po wyborze najkorzystniejszej oferty nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jak najbardziej dopuszczalne.

Zatem wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień po wyborze najkorzystniejszej oferty nie było sprzeczne z art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący złożył wyjaśnienia będące odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z 23 maja 2022 r. W wyjaśnieniach ustosunkował się do pytań Zamawiającego dotyczących sposobu dysponowania wskazanymi w wykazie osób czterema osobami. W załączeniu do tych wyjaśnień z własnej inicjatywy złożył deklaracje współpracy tych osób. Przystępujący wskazał, że podtrzymuje prawidłowość złożonych dokumentów. Wykaz osób skierowanych przez Przystępującego do realizacji zamówienia publicznego jest zgodny ze stanem faktycznym i przy zachowaniu wszystkich wymogów specyfikacji warunków zamówienia. Osoby te złożyły stosowne deklaracje współpracy, a więc zostały umieszczone w wykazie za ich zgodą i wiedzą. Zatem nie jest prawdą, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień, a Zamawiający zaaprobował dokumenty, których nie przewidywała specyfikacja warunków zamówienia ani rozporządzenie. Zamawiający uznał, że nie ma wątpliwości co do prawidłowości złożonych podmiotowych środków dowodowych w oparciu o złożone wyjaśnienia, nie zaś w oparciu o dodatkowo dołączone dokumenty. Deklaracja współpracy mogła stanowić podstawę do wskazania w wykazie osób danej osoby jako osoby, którą wykonawca dysponuje (pouczenie dotyczące oznakowania literą „A” w wykazie).

Z zakresie zarzutu nr 6 i 7 Zamawiający wskazał, że w jego ocenie brak było dostatecznych podstaw do uznania zarzutów odwołania, gdyż nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ miał zamiar udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przez udzielenie zamówienia ustawodawca rozumie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem naruszenie tego przepisu miałoby miejsce, gdyby Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą wybranym sprzecznie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co nie miało miejsca.

Zamawiający podkreślił, że nie przewidział w postępowaniu podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie mógłby rozważać wykluczenia wykonawcy na tej podstawie i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

### III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący powinien sformułować zarzuty - są to okoliczności poparte uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

Przystępujący podkreślił, że zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na naruszenia przepisów RODO nie mieści się w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych - mógłby być tu najwyżej rozpatrywany art. 226 ust. 1 pkt 4, tj. odrębne przepisy. Rozporządzenie RODO działa wprost. Podobnie jeśli chodzi o zarzut nr 2., naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - RODO nie można zaliczyć do warunków przedmiotowych i podmiotowych dotyczących wykonawcy.

Jeśli chodzi o naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych i rozdziału 7. specyfikacji warunków zamówienia, to w specyfikacji warunków zamówienia wskazano, że wykonawca składający ofertę dla obu części łącznie powinien dysponować co najmniej 35 osobami. Przystępujący wskazał ponad 35 osób, w związku z czym 3 osoby proponowane przez Odwołującego na świadków (pani K., pani K.-M. i pani B.) są ponad owe 35 osób, pani J. byłaby 36. osobą.

Co do stwierdzeń, że Przystępujący oświadczył nieprawdę, to Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia wyłączył podstawy wykluczenia z art. 109 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący stwierdził, iż z przepisu wynika, że zamawiający może dokonać wyjaśnień, zatem nie można mu zarzucać, że tej czynności nie wykonał. Zwraca uwagę, że powyższa kwestia nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Zamawiający mógł się upewnić co do faktów i w razie czego zweryfikować swoje czynności.

Art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych to zasada efektywności ekonomicznej, więc Przystępujący nie wie, jak Zamawiający mógł go naruszyć.

Przystępujący zwrócił uwagę na przedstawiony przez siebie dowód - notatkę służbową wolontariusza Przystępującego, z której wynika, że pani K.-M. współpracowała przy

poprzedniej edycji asystenta i zgłosiła swoje zainteresowanie udziałem w kolejnej edycji,

dlatego została wpisana do rejestru osób chętnych do współpracy prowadzonego przez Przystępującego 3 stycznia 2022 r. 8 lutego ponownie przybyła do siedziby Przystępującego, ponowiła swoją chęć współpracy i zgłosiła również chęć udziału osób B. K. (matki) i T. B. (koleżanki z pracy) i wtedy do rejestru zostały wciągnięte te osoby. Pani K.-M. wypełniła deklarację 14 kwietnia tylko swoim podpisem, natomiast dane adresowa oraz datę umieścił Przystępujący

i 14 kwietnia 2022 r. została ona poinformowana ustnie, jaka data zostanie umieszczona, tj. data chęci współpracy, tj. 8 lutego 2022 r. Data ta nie ma znaczenia, ponieważ obowiązek informacyjny spoczywający na Przystępującym został wypełniony przed złożeniem oferty. Z treści oświadczeń nie wynika, że nie został wypełniony obowiązek informacyjny, tylko że osoby te nie były świadome wykorzystania ich danych w tym przetargu. Zgodnie z art. 14 ust. 4 RODO obowiązek ten nie ma zastosowania, gdy osoba już dysponuje informacjami i obowiązek ten został spełniony 14 kwietnia 2022 r. 14 kwietnia pani K.-M. pobrała również deklaracje współpracy dla pani K. i pani B., które to deklaracje podpisane przez te osoby zwróciła około 18-19 kwietnia 2022 r. W deklaracjach tych była również klauzula informacyjna RODO. Art. 14 RODO reguluje sytuację, kiedy dane były przekazywane przez inną osobę.

Oprócz B. K. i T. B. pozostałe osoby wskazane w wykazie osób są osobami, z którymi Przystępujący współpracuje.

Przystępujący miał świadomość, że osoby te są pracownikami Odwołującego, jednak mają one prawo podjąć również inne zatrudnienie, nie ma wiedzy o tym, żeby miały one podpisane umowy o zakazie konkurencji. W wykazie osób podano 5 osób rezerwowych, aby nie musieć zgłaszać Zamawiającemu dodatkowych osób.

Pani J. w styczniu zgłosiła chęć współpracy przy edycji 2022 (wcześniej pracowała przy edycji 2021), co potwierdziła telefonicznie 13 kwietnia 2022 r.

Co do wniosku Odwołującego dotyczącego przeprowadzenia dowodu ze świadków Przystępujący wskazał, że dotyczy on RODO, czyli materii poza kognicją Izby, podobnie

jeżeli chodzi o podrobienie dokumentu oraz wnioś o oddalenie wniosku dowodowego. Zgodnie z art. 531 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotem dowodu są fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, natomiast powstaje pytanie, czy tezy dowodowe i zeznania wskazanych osób wpłyną na wyrok.

#### IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. sam przebieg postępowania o udzielenie zamówienia (czynności Zamawiającego i Przystępującego), treść specyfikacji warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego oraz innych złożonych przez niego dokumentów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism, dokumentów oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdziałem 22. specyfikacji warunków zamówienia i punktem 8. formularza ofertowego i w zw. z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdziałem 22. specyfikacji warunków zamówienia i punktem 8. formularza ofertowego i w zw. z art. 13 i 14 RODO, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdziałem 7. pkt 7.1.4 lit. a) i b) specyfikacji warunków zamówienia, art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, pkt 3, pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Artykuł 13. RODO „Informacje podawane w przypadku zbierania danych od osoby, której dane dotyczą”:

1. Jeżeli dane osobowe osoby, której dane dotyczą, zbierane są od tej osoby, administrator

podczas pozyskiwania danych osobowych podaje jej wszystkie następujące informacje:

a) swoją tożsamość i dane kontaktowe oraz, gdy ma to zastosowanie, tożsamość i dane kontaktowe swojego przedstawiciela; b) gdy ma to zastosowanie - dane kontaktowe inspektora ochrony danych; c) cele przetwarzania danych osobowych, oraz podstawę prawną przetwarzania; d) jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f) - prawnie uzasadnione interesy realizowane przez administratora lub przez stronę trzecią;

e) informacje o odbiorcach danych osobowych lub o kategoriach odbiorców, jeżeli istnieją;

f) gdy ma to zastosowanie - informacje o zamiarze przekazania danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej oraz o stwierdzeniu lub braku stwierdzenia przez Komisję odpowiedniego stopnia ochrony lub w przypadku przekazania, o którym mowa w art. 46, art. 47 lub art. 49 ust. 1 akapit drugi, wzmiankę o odpowiednich lub właściwych zabezpieczeniach oraz o możliwościach uzyskania kopii danych lub o miejscu udostępnienia danych.

2. Poza informacjami, o których mowa w ust. 1, podczas pozyskiwania danych osobowych administrator podaje osobie, której dane dotyczą, następujące inne informacje niezbędne do zapewnienia rzetelności i przejrzystości przetwarzania: a) okres, przez który dane osobowe będą przechowywane, a gdy nie jest to możliwe, kryteria ustalania tego okresu; b) informacje o prawie do żądania od administratora dostępu do danych osobowych dotyczących osoby, której dane dotyczą, ich sprostowania, usunięcia lub ograniczenia przetwarzania lub o prawie do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania, a także o prawie do przenoszenia danych; |

c) jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. a) lub art. 9 ust. 2 lit. a) - informacje o prawie do cofnięcia zgody w dowolnym momencie bez wpływu na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej cofnięciem;

d) informacje o prawie wniesienia skargi do organu nadzorczego; e) informację, czy podanie danych osobowych jest wymogiem ustawowym lub umownym lub warunkiem zawarcia umowy oraz czy osoba, której dane dotyczą, jest zobowiązana do ich podania i jakie są ewentualne konsekwencje niepodania danych; f) informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym o profilowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 i 4, oraz - przynajmniej w tych przypadkach - istotne informacje o zasadach ich podejmowania, a także o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą.

3. Jeżeli administrator planuje dalej przetwarzać dane osobowe w celu innym niż cel, w którym dane osobowe zostały zebrane, przed takim dalszym przetwarzaniem informuje on osobę, której dane dotyczą, o tym innym celu oraz udziela jej wszelkich innych stosownych informacji, o których mowa w ust. 2.

4. Ust. 1, 2 i 3 nie mają zastosowania, gdy - i w zakresie, w jakim - osoba, której dane dotyczą, dysponuje już tymi informacjami.

Artykuł 14. RODO „Informacje podawane w przypadku pozyskiwania danych osobowych w sposób inny niż od osoby, której dane dotyczą”:

1. Jeżeli danych osobowych nie pozyskano od osoby, której dane dotyczą, administrator podaje osobie, której dane dotyczą, następujące informacje: a) swoją tożsamość i dane kontaktowe oraz, gdy ma to zastosowanie, tożsamość i dane kontaktowe swojego przedstawiciela; b) gdy ma to zastosowanie - dane kontaktowe inspektora ochrony danych; c) cele przetwarzania, do których mają posłużyć dane osobowe, oraz podstawę prawną przetwarzania; d) kategorie jednoznacznych danych osobowych; e) informacje o odbiorcach danych osobowych lub o kategoriach odbiorców, jeżeli istnieją; f) gdy ma to zastosowanie - informacje o zamiarze przekazania danych osobowych odbiorcy w państwie trzecim lub organizacji międzynarodowej oraz o stwierdzeniu lub braku stwierdzenia przez Komisję odpowiedniego stopnia ochrony lub w przypadku przekazania, o którym mowa w art. 46, art. 47 lub art. 49 ust. 1 akapit drugi, wzmiankę o odpowiednich lub właściwych zabezpieczeniach oraz o możliwościach uzyskania kopii danych lub o miejscu udostępnienia danych.

2. Poza informacjami, o których mowa w ust. 1, administrator podaje osobie, której dane dotyczą, następujące informacje niezbędne do zapewnienia rzetelności i przejrzystości przetwarzania wobec osoby, której dane dotyczą: a) okres, przez który dane osobowe będą przechowywane, a gdy nie jest to możliwe, kryteria ustalania tego okresu; b) jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f) - prawnie uzasadnione interesy realizowane przez administratora lub przez stronę trzecią; c) informacje o prawie do żądania od administratora dostępu do danych osobowych dotyczących osoby, której dane dotyczą, ich sprostowania, usunięcia lub ograniczenia przetwarzania oraz o prawie do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania, a także o prawie do przenoszenia danych; d) jeżeli

przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. a) lub art. 9 ust. 2 lit. a) - informacje

o prawie do cofnięcia zgody w dowolnym momencie bez wpływu na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej cofnięciem; e) informacje o prawie wniesienia skargi do organu nadzorczego; f) źródło pochodzenia danych

osobowych, a gdy ma to zastosowanie - czy pochodzą one ze źródeł publicznie dostępnych;

g) informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym o profilowaniu, o którym

mowa w art. 22 ust. 1 i 4, oraz - przynajmniej w tych przypadkach - istotne informacje o zasadach ich podejmowania, a także o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach

takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą.

3. Informacje, o których mowa w ust. 1 i 2, administrator podaje: a) w rozsądnym terminie po

pozyskaniu danych osobowych - najpóźniej w ciągu miesiąca - mając na uwadze konkretne

okoliczności przetwarzania danych osobowych; b) jeżeli dane osobowe mają być stosowane do komunikacji z osobą, której dane dotyczą - najpóźniej przy pierwszej takiej komunikacji z osobą, której dane dotyczą; lub c) jeżeli planuje się ujawnić dane osobowe innemu odbiorcy - najpóźniej przy ich pierwszym ujawnieniu.

4. Jeżeli administrator planuje dalej przetwarzać dane osobowe w celu innym niż cel, w którym te dane zostały pozyskane, przed takim dalszym przetwarzaniem informuje on osobę, której dane dotyczą, o tym innym celu oraz udziela jej wszelkich innych stosownych informacji, o których mowa w ust. 2.

5. Ust. 1- 4 nie mają zastosowania, gdy - i w zakresie, w jakim: a) osoba, której dane

dotyczą, dysponuje już tymi informacjami; b) udzielenie takich informacji okazuje się niemożliwe lub wymagałoby niewspółmiernie dużego wysiłku; w szczególności w przypadku przetwarzania do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych, z zastrzeżeniem warunków i zabezpieczeń, o których mowa w art. 89 ust. 1, lub o ile obowiązek, o którym mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, może uniemożliwić lub poważnie utrudnić realizację celów takiego przetwarzania. W takich przypadkach administrator podejmuje odpowiednie środki, by chronić prawa i wolności oraz prawnie uzasadnione interesy osoby, której dane dotyczą, w tym udostępnia informacje publicznie; c) pozyskiwanie lub ujawnianie jest wyraźnie uregulowane prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, któremu podlega administrator, przewidującym odpowiednie środki chroniące prawnie uzasadnione interesy osoby, której dane dotyczą; lub d) dane osobowe muszą pozostać poufne zgodnie z obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej przewidzianym w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, w tym ustawowym obowiązkiem zachowania tajemnicy.

Jak wynika z rozdziału 3. specyfikacji warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia”

przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części: część I - świadczenie usług asystenta od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2022 r., przy czym liczba godzin usług w okresie trwania umowy nie może przekroczyć 22.020 godzin; część II - świadczenie usług asystenta od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2022 r., przy czym liczba godzin usług w okresie trwania umowy nie może przekroczyć 22.020 godzin.

Zgodnie z rozdziałem, 7. specyfikacji warunków zamówienia „Warunki udziału

w postępowaniu”, punkt 7.1, podpunkt 7.1.4 o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał kadrowy, tj. wykażą, że dysponują potencjałem kadrowym w następującym zakresie: a) dla części I zamówienia: co najmniej 17 asystentami, posiadającymi dokument potwierdzający uzyskanie kwalifikacji w co najmniej jednym z następujących kierunków: asystent osoby niepełnosprawnej, opiekun osoby starszej, opiekun medyczny, pedagog, psycholog, terapeuta zajęciowy, pielęgniarka, fizjoterapeuta, lub posiadającymi co najmniej 6-miesięczne, udokumentowane doświadczenie w udzielaniu bezpośredniej pomocy osobom niepełnosprawnym np. doświadczenie zawodowe, udzielanie wsparcia osobom niepełnosprawnym w formie wolontariatu; b) dla części II zamówienia: co najmniej 18 asystentami, posiadającymi dokument potwierdzający uzyskanie kwalifikacji w co najmniej jednym z następujących kierunków: asystent osoby niepełnosprawnej, opiekun osoby starszej, opiekun medyczny, pedagog, psycholog, terapeuta zajęciowy, pielęgniarka, fizjoterapeuta, lub posiadającymi co najmniej 6-miesięczne, udokumentowane

doświadczenie w udzielaniu bezpośredniej pomocy osobom niepełnosprawnym np. doświadczenie zawodowe, udzielanie wsparcia osobom niepełnosprawnym w formie wolontariatu. Uwaga: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazując warunek udziału w postępowaniu, mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca składający ofertę na obie części zamówienia w celu spełnienia niniejszego warunku udziału w postępowaniu dysponować musi liczbą osób spełniających ww. wymagania wskazaną dla obu części (łącznie co najmniej 35 osób).

W rozdziale 8. specyfikacji warunków zamówienia „Podstawy wykluczenia z postępowania”, punkt 8.1. Zamawiający wskazał, że nie przewiduje podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozdział 22. specyfikacji warunków zamówienia, na który powołał się Odwołujący, nosi tytuł „Ochrona danych osobowych” i brzmi: „Zgodnie z art. 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1), dalej „RODO”, informuję, że: 1. administratorem Pani/Pana danych osobowych jest Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Kutnie z siedzibą przy ul. Warszawskie Przedmieście 10 a, 99-300 Kutno; 2. inspektorem ochrony danych osobowych w Miejskim Ośrodku Pomocy Społecznej w Kutnie jest Pani (...); 3. Pani/Pana dane osobowe przetwarzane będą na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c RODO oraz ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp”; w celu prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jego rozstrzygnięcia, jak również zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jej realizacji, a także udokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego archiwizacji; 4. odbiorcami Pani/Pana danych osobowych będą osoby lub podmioty, którym udostępniona zostanie dokumentacja postępowania w oparciu o art. 18 oraz art. 74 ustawa Pzp; 5. Pani/Pana dane osobowe będą przechowywane, zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy Pzp, przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia; 6. obowiązek podania przez Panią/Pana danych osobowych bezpośrednio Pani/Pana dotyczących jest wymogiem ustawowym określonym w przepisach ustawy Pzp, związanym z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; konsekwencje niepodania określonych danych wynikają z ustawy Pzp; 7. w odniesieniu do Pani/Pana danych osobowych decyzje nie będą podejmowane w sposób zautomatyzowany, stosowanie do art. 22 RODO; 8. posiada Pani/Pan: na podstawie art. 15 RODO prawo dostępu do danych osobowych Pani/Pana dotyczących; na podstawie art. 16 RODO prawo do sprostowania Pani/Pana danych osobowych; jednak nie może ono naruszać integralności protokołu postępowania oraz jego załączników; na podstawie art. 18 RODO prawo żądania od administratora ograniczenia przetwarzania danych osobowych, z zastrzeżeniem przypadków, o których mowa w art. 18 ust. 2 RODO, wystąpienie z żądaniem nie ogranicza przetwarzania danych osobowych do czasu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; prawo do wniesienia skargi do Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, gdy uzna Pani/Pan, że przetwarzanie danych osobowych Pani/Pana dotyczących narusza przepisy RODO; 9. nie przysługuje Pani/Panu: w związku z art. 17 ust. 3 lit. b, d lub e RODO prawo do usunięcia danych osobowych; prawo do przenoszenia danych osobowych, o którym mowa w art. 20 RODO; na podstawie art. 21 RODO prawo sprzeciwu, wobec przetwarzania danych osobowych, gdyż podstawą prawną przetwarzania Pani/Pana danych osobowych jest art. 6 ust. 1 lit. c RODO. 10. W przypadku gdy wykonanie obowiązków, o których mowa w art. 15 ust. 1-3 RODO, wymagałoby niewspółmiernie dużego wysiłku, zamawiający może żądać od osoby, której dane dotyczą, wskazania dodatkowych informacji mających na celu sprecyzowanie nazwy lub daty zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 11. Wystąpienie z żądaniem, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, nie ogranicza przetwarzania danych osobowych do czasu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 12. W przypadku danych osobowych zamieszczonych przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych, prawa, o których mowa w art. 15 i art. 16 RODO, są wykonywane w drodze żądania skierowanego do Zamawiającego.

Przywołany w odwołaniu punkt 8. formularza ofertowego przygotowanego przez Zamawiającego, stanowiącego załącznik do specyfikacji warunków zamówienia, ma brzmienie: „Oświadczam/y, że: (...) 8) wypełniliśmy obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 oraz/lub art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskaliśmy w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu (jeżeli dotyczy).”

Rozpatrując zarzuty nr 1, 2 i 3 odwołania Izba stwierdziła, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty powyższe opierają się na tożsamych podstawach, tj. w pierwszej kolejności odnoszą do uchybień obowiązkom informacyjnym przewidzianym w art. 13 i art. 14 RODO i złożenia przez Przystępującego fałszywego oświadczenia w punkcie 8. formularza ofertowego w tym zakresie, bowiem, zdaniem Odwołującego, Przystępujący pozyskał dane osobowe dotyczące czterech osób wskazanych w wykazie osób bez ich zgody i wiedzy oraz wykorzystał te dane osobowe w toku postępowania wbrew woli tych osób, których te dane dotyczą, co czyni ofertę niezgodną z przepisami ustawy oraz z warunkami zamówienia. Również zarzut nr 3 został sformułowany w sposób zarzucający Przystępującemu niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kadrą ze względu na wskazanie w wykazie osób, których dane osobowe zostały pozyskane bez ich wiedzy i zgody - w konsekwencji czego Przystępujący faktycznie nie dysponuje tymi osobami na potrzeby wykonania zamówienia.

Z przywołanych powyżej treści art. 13 RODO „Informacje podawane w przypadku zbierania danych od osoby, której dane dotyczą” oraz art. 14 RODO „Informacje podawane w przypadku pozyskiwania danych osobowych w sposób inny niż od osoby, której dane dotyczą” wynika, że przepisy te odnoszą się odpowiednio do informacji, które administrator danych osobowych ma obowiązek podać osobie, której dane te, gdy zbierane są one bezpośrednio od tej osoby, jak też w przypadku, gdy danych osobowych nie pozyskano od osoby, której dane dotyczą. Rozdział 22. specyfikacji warunków zamówienia stanowi wypełnienie tego obowiązku przez Zamawiającego, tym samym trudno wskazać, w jaki sposób informacje podane przez Zamawiającego w tym rozdziale specyfikacji warunków zamówienia są powiązane z naruszeniem przepisów przez Przystępującego czy też samego Zamawiającego.

Tym samym przedmiotowe zarzuty faktycznie dotyczą jedynie oświadczenia zawartego w punkcie 8. formularza ofertowego o treści: „Oświadczam/y, że: (.) 8) wypełnił/ismy obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 oraz/lub art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskał/ismy w celu

ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu (jeżeli

dotyczy).” ze względu na to, że - zdaniem Odwołującego - oświadczenie to może być

nieprawdziwe ze względu na nieudzielenie wymienionym w odwołaniu osobom informacji,

o których mowa w art. 13, ewentualnie art. 14 RODO.

Jednak, jak słusznie zauważył Zamawiający, w specyfikacji warunków zamówienia wykluczył on podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazane w art. 109 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w jej punkcie 8. i 10., odnoszące się do przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd (przedstawienia mu nieprawdziwych informacji). Zatem nawet gdyby powyższe oświadczenie było rzeczywiście nieprawdziwe, nie jest to podstawą do wykluczenia Przystępującego z postępowania, a tym samym również do odrzucenia jego oferty. W specyfikacji warunków zamówienia nie przewidziano także innych podstaw, które mogłyby być podstawą odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, a już z całą pewnością nie podał (nie powołał) ich Odwołujący.

Zamawiający również prawidłowo podniósł, że - pomimo tego, że zlokalizowane jest

w formularzu ofertowym - powyższe oświadczenie nie stanowi treści oferty zwanej w języku

praktycznym zamówień publicznych „treścią merytoryczną”, tj. ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, czyli stanowiącą element oświadczenia drugiej stronie woli zawarcia umowy, określającej istotne postanowienia tej umowy, czyli odnoszącą się głównie do

zakresu przyszłego świadczenia. Do tego zaś zakresu odnosi się art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy

Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym nie można stwierdzić, że powyższe oświadczenie z punktu 8.

oferty, czy też opisana sytuacja dotycząca okoliczności złożenia oświadczeń przez

wskazane osoby, powoduje, że sama oferta jest niezgodna z przepisami ustawy (w przepisie

tym chodzi o ustawę Prawo zamówień publicznych) lub też jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Podobnie nie miałby zastosowania wskazany przez

Przystępującego podczas rozprawy jako alternatywny przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów), bowiem - poprawne lub nie - oświadczenie odnoszące się do RODO nie czyni oferty nieważną czy wadliwą.

Samo zaś postępowanie Przystępującego wobec wskazanych osób, dotyczące zakresu informowania ich w kwestiach wskazanych w art. 13 i 14 RODO, nie ma zasadniczego znaczenia dla przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego i stosunków Przystępującego z Zamawiającym. Jeżeli Przystępujący dopuścił się jakichś uchybień w tym

zakresie, to ich konsekwencje nie są związane z procedurą o udzielenie zamówienia publicznego, lecz konsekwencjami odszkodowawczymi i sankcjami administracyjnymi przewidzianymi w rozporządzeniu RODO, jak też w ustawie z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781).

Z punktu widzenia procedury zamówień publicznych znaczenie miałaby jedynie kwestia podniesiona - w sumie jakby na marginesie i nie w kontekście proceduralnym - niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowania kadrą), gdyż Przystępujący nie dysponuje wskazanymi czterema osobami na potrzeby wykonania zamówienia, ponieważ osoby te nie wyraziły zgody na udział w wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kadrą Zamawiający wymagał: dla części I zamówienia - dysponowania co najmniej 17 asystentami, a dla części II zamówienia - co najmniej 18 asystentami posiadającymi wskazane kwalifikacje lub doświadczenie zawodowe (analogiczne dla obu części). Przy czym Zamawiający zastrzegł, że wykonawca składający ofertę na obie części musi dysponować liczbą osób spełniających wymagania wskazaną dla obu części, czyli łącznie co najmniej 35 osobami.

Przystępujący w wykazie osób dla każdej z części wskazał po 20 osób, łącznie 40 osób.

W wykazie dla części I została zakwestionowana L. J., zatem 19 osób nie zostało zakwestionowanych; w części II zostały zakwestionowane pozostałe 3 wskazane osoby, zatem 17 nie zostało zakwestionowanych. Tym samym Przystępujący łącznie wykazał 36 niezakwestionowanych osób. Biorąc zaś pod uwagę, że kwalifikacje osób dla obu części były tożsame oraz ich przypisanie do poszczególnych części nie było niczym uwarunkowane, nie ma przeszkód formalnych, by uznać, że Przystępujący wykazał łącznie 36 niekwestionowanych osób, zatem spełnił warunek.

Przy tym, jeśli chodzi o panią J., to jej chęć udziału w realizacji zamówienia finalnie również nie była kwestionowana (jedynie data złożenia oświadczenia, która nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy) - zatem Przystępujący wykazał łącznie 37 osób, którymi może dysponować.

W stosunku do pozostałych osób Izba uznała, że Przystępujący wyjaśnił zaistniałą sytuację składając notatkę służbową wolontariuszki fundacji oraz składając wyjaśnienia podczas rozprawy. Tym samym, o ile jego działania dotyczące wpisywania daty wstecznej Izba nie może uznać za poprawne i godne kontynuowania (ale nie ma to znaczenia dla niniejszej sprawy), to kwestia dotycząca deklaracji owych trzech osób co do współpracy nie budzi wątpliwości. Izba uznała bowiem, że Przystępujący nie złożył w tym zakresie nieprawdziwych informacji, gdyż prowadził w tym przedmiocie rozmowy z tymi osobami - jednak z całokształtu okoliczności wynika, że finalnie jego dysponowanie tymi trzema osobami jest wątpliwe i nie powinny one zostać wliczone w jego potencjał kadrowy. Jak już jednak zaznaczono powyżej - nie ma to znaczenia dla sprawy, gdyż i tak wykazał więcej osób niż było to przez Zamawiającego wymagane.

Tym samym, w ocenie Izby, nie zaistniała również przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również rozpatrując zarzuty nr 4 i 5 odwołania Izba stwierdziła, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty powyższe opierają się na tożsamych podstawach, tj. naruszeniu art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i bez uprzedniego unieważnienia tej czynności, a następnie

zaaprobowanie odpowiedzi Przystępującego zawierającej dodatkowe dokumenty, inne niż określone w treści specyfikacji warunków zamówienia i rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, którymi to dokumentami były deklaracje ww. osób dotyczące współpracy oraz oświadczenia dotyczące obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 13 i art. 14 RODO.

Art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Nie reguluje natomiast kwestii, które podnoszone są w zarzucie Odwołującego. Już z tego powodu - z przyczyn formalnych - trudno przedmiotowe zarzuty uznać za poprawne.

Jednak również z przyczyn merytorycznych działanie Zamawiającego i Przystępującego nie jest nieprawidłowe. Przedmiotowe wyjaśnienia dotyczyły bowiem sytuacji, w której Odwołujący, już po wyborze oferty najkorzystniejszej, zarzucił Przystępującemu de facto złożenie nieprawdziwych informacji. Tym samym oczywiste jest, że dla wykazania prawdziwości swojego oświadczenia Przystępujący musiał złożyć przekonujące wyjaśnienia, przy czym wiarygodność wyjaśnień wzrasta, jeśli wykonawca przedstawi dowody na ich poparcie, a same dowody musiały odnosić się do postawionych mu zarzutów - w konkluzji: musiał przedstawić dokumenty odnoszące się do postawionych mu zarzutów, a nie wskazane w specyfikacji warunków zamówienia czy w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które dotyczą zupełnie innego zakresu informacji i niczego by do sprawy nie wносиły.

Należy bowiem odróżnić sytuację, gdy wyjaśnienia dotyczące treści dokumentów odnoszą się, przykładowo, do braku danych lub innych niejasności w ich treści od sytuacji, gdy ta treść jest kwestionowana pod względem prawdziwości. W tym drugim przypadku nieracjonalne byłoby założenie, że sam potencjalnie nieprawdziwy dokument jest dowodem „w swojej sprawie” (poza badaniami z zakresu kryminalistyki). Przy tym, chociaż w art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (a wcześniej w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.) mowa jest o „wyjaśnieniach”, nigdy nie zaistniały poważne wątpliwości proceduralne, że wyjaśnienia te jak najbardziej mogą być poparte dowodami, czyli - najczęściej - dodatkowymi dokumentami.

Przedmiot zarzutów wskazanych przez Odwołującego w piśmie z 22 maja 2022 r. (tj. fakt, że dotyczyły nie braków formalnych w dokumentach, ale złożenia nieprawdziwych informacji) miał też wpływ na działania Zamawiającego. Zamawiający podczas rozprawy wyjaśnił, że jego intencją było upewnienie się, czy zarzuty te w ogóle mają podstawę faktyczną - dlatego przed podjęciem decyzji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprosił Przystępującego o wyjaśnienia, aby ustalić, czy istnieją podstawy do takiego unieważnienia. Po otrzymaniu zaś wyjaśnień uznał, że jest to zbędne.

Również w tym wypadku należy zauważyć, że przedmiotowa czynność Zamawiającego wykraczała poza standardowe badanie i ocenę ofert, które polegają na badaniu dokumentów złożonych przez wykonawcę na etapie składania ofert i ewentualnego późniejszego przedstawienia dokumentów podmiotowych. Na tym etapie złożenie nieprawdziwych informacji jest badane w przypadku, gdy kwestia ta pojawi się w tym właśnie momencie. W niniejszym postępowaniu nastąpiło to później, co proceduralnie nie jest uregulowane przepisami. Tym samym Zamawiający miał w tym zakresie swobodę działania wyznaczoną granicami logiki działania i ekonomiki postępowania, których to granic nie przekroczył.

Co do zarzutów nr 6 i 7 odwołania Izba stwierdziła, że nie są to samodzielne zarzuty, lecz ich ziszczenie się lub nie zależy od potwierdzenia się innych zarzutów; są także powtórzeniem wcześniejszych zarzutów. W związku z powyższym Izba uznała, że również te zarzuty się nie potwierdziły. Przy czym Izba zwraca uwagę, że art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”) dotyczy oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, czyli tzw. przyznawania punktów ofertom, której to kwestii zarzuty odwołania w ogóle nie dotyczą, nie zaś zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym przepis ten w ogóle nie mógł zostać przez Zamawiającego naruszony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5, § 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis

oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Zamawiający nie złożył wniosku w zakresie kosztów, Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 7.500 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....