

WYROK

z dnia 15 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 13 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 3 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Investido A.J., J.W. z siedzibą lidera w Bochni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Hodowli i Aklimatyzacji Roślin - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Radzikowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radcy Prawnego I.D. oraz Kancelaria Radcy Prawnego K.K. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radcy Prawnego I.D. oraz Kancelaria Radcy Prawnego K.K. z siedzibą lidera w Warszawie, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI ust. 2 lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie przeprowadzania 2 postępowań w imieniu Zamawiającego.
 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego w 4/5 i zamawiającego w 1/5 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 4. Zasądza od zamawiającego Instytutu Hodowli i Aklimatyzacji Roślin - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Radzikowie na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Investido A.J., J.W. z siedzibą lidera w Bochni kwotę 1 500 zł 00 gr (słownie: tysiąc pięćset złotych, zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania.
 5. Znosi koszty pomiędzy stronami w pozostałym zakresie.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:

Sygn. akt KIO 2918/23

Uzasadnienie

Instytut Hodowli i Aklimatyzacji Roślin - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Radzikowie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi prawnego wsparcia pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi w IHAR PIB – Radzików”, numer sprawy: 11/ZP/2023.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00402483/01.

W dniu 3 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Investido A.J., J.W. z siedzibą lidera w Bochni, dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy PZP poprzez brak badania oferty Konsorcjum wybranej jako najkorzystniejszej w kontekście rażąco niskiej ceny;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty niespełniającej warunków udziału w postępowaniu oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta została złożona jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz nie została przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;
- 4.art. 274 ust. 1 ustawy PZP lub alternatywnie art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich złożeniu i prawidłowej ocenie i wyboru oferty Odwołującego;
- 5.art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wysłania wykonawcy (Odwołującemu) Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zgodnie z wymaganiami tego przepisu.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum;
- odrzucenia oferty Konsorcjum jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu oraz warunków zamówienia;
- wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w przypadku ich pozytywnej oceny do wyboru oferty Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego:

Zarzut nr 1:

Argumentując postawiony zarzut, Odwołujący wskazywał, że oferta Przystępującego powinna być zbadana pod kątem rażąco niskiej ceny, czego Zamawiający zaniechał. Odwołujący dodał, że oferta Przystępującego powinna być zbadana w kontekście rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że jest ona niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 1 i 10 ustawy PZP.

Odwołujący opisał również okoliczności związane z poprzednio prowadzonym postępowaniem, szacunkową wartością zamówienia oraz nieprzekazywaniem przez Zamawiającego informacji na temat obecnie prowadzonego postępowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dwukrotnie publikował informację o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (za pierwszym razem 800 000,00 zł, a kolejną 544 480,00 zł) oraz, że uchybienie w postaci braku podania wartości szacunkowej poprzez przekazanie protokołu postępowania ma daleko idące skutki ponieważ Odwołujący nie może zweryfikować, czy oferta Konsorcjum powinna podlegać weryfikacji jako rażąco niska cena w odniesieniu do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Powyższe zdaniem Odwołującego świadczy o naruszeniu elementarnych czynności Zamawiającego w toku oceny i badania ofert i naruszeniu art. 224 ust. 2 ustawy PZP.

Zarzut nr 2:

Odwołujący wskazał na listę plików przekazanych przez Przystępującego wraz z ofertą stwierdzając, że część z nich (wylistowanie na str. 9 odwołania) nie została w ogóle podpisana, co świadczy o ich niezgodności z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

Brak złożenia podpisanych dokumentów w oparciu o zasady wynikające z Rozporządzenia ws. elektronizacji, oznacza, że dokumentów tych nie powinno się w ogóle rozpatrywać w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji oznacza to, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący dodał, że z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum wynika, że oferta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na brak wykazania warunków udziału w postępowaniu, nawet gdyby uznać, że dokumenty zostały prawidłowo złożone. Odwołujący zakwestionował poszczególne dokumenty przedłożone przez Przystępującego wraz z ofertą

wskazując, że nie wynika z nich spełnianie przez Przystępującego wymogu posiadania 5 lat (60 miesięcy) doświadczenia z zakresu zamówień publicznych lub, że nie świadczą one o wykonywaniu doradztwa z zakresu zamówień publicznych. Odwołujący w szczególności odniósł się do kwestionowanych dokumentów wskazując na wadliwość z nimi związane.

Dalej Odwołujący wskazał, że wątpliwości budzi dokument wskazujący na doświadczenie z zamówień publicznych dla 10 postępowań. Dokument ten został stworzony przez Konsorcjum. Nie posiada żadnego podpisu podmiotu zewnętrznego na rzecz, których miały być świadczone usługi jako potwierdzający, że doradztwo było świadczone przez wskazane radczynie prawne oraz dla tych konkretnych postępowań. Nie podano numeru spraw, dat wszczęcia i zakończenia postępowania, aby można było uznać, że postępowania dotyczyły stosowania ustawy prawo zamówień publicznych oraz, że usługa była wykonana przed upływem terminu składania ofert.

Dalej Odwołujący wskazywał, że Zamawiający potwierdził, że prawnik in-house nie jest dedykowany do obsługi zamówień publicznych zgodnie z odpowiedziami udzielonymi w dniu 20.09.2023 r. wskazując: „*Zamawiający wymaga udokumentowania 5-letniego doświadczenia w obszarze zamówień publicznych. Z dokumentów złożonych ma jasno wynikać doświadczenie w obszarze zamówień publicznych. Nie każdy prawnik in-house zajmuje się zamówieniami publicznymi.*”

Oferta Konsorcjum nie wykazuje też spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie przeprowadzenia 2 postępowań w imieniu Zamawiającego co było treścią warunku udziału w postępowaniu. Żaden z przedłożonych dokumentów (nawet te niepodpisane) nie potwierdzają, że Konsorcjum posiada doświadczenie w przeprowadzeniu 2 postępowań w imieniu Zamawiającego.

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący dodał również, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że w formularzu ofertowym nie uzupełniono danych dotyczących czasu realizacji zadania jako przygotowania dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania. Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 20.09.2023 r. Zamawiający wymagał, aby czas ten wynosił do 48 godzin. Zamawiający nie dokonał modyfikacji formularza ofertowego co wymagało od oferentów uzupełnienia tej treści w formularzu ofertowym. Brak oświadczenia Konsorcjum w tym zakresie wskazuje, że nie złożono wiążącego oświadczenia woli co do warunków realizacji przedmiotu zamówienia. W OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ nie wykazano w jakim czasie należy wykonać usługę w postaci przygotowania dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania. Informację w tym zakresie należało uzupełnić w formularzu ofertowym. Oferta Konsorcjum pozostała w tym zakresie nieuzupełniona co wskazuje, że Konsorcjum nie potwierdza, iż przygotowuje dokumenty niezbędne do opublikowania postępowania do 48 h. Nie można automatycznie uznać, że Konsorcjum wyraża taką wolę, gdyż gdyby tak było dokonano by stosownego uzupełnienia oferty w tym zakresie, tak jak poczynił to Odwołujący. Procedura wyłonienia wykonawcy w reżimie ustawy pzp nie pozwala na swobodę kształtowania oświadczeń woli w sposób dowolny po złożeniu i otwarciu oferty. Oświadczenie w zakresie warunków zamówienia rozumianych jako warunków dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy PZP, wymaga złożenia oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym, oferta Konsorcjum nie potwierdza, że przygotowanie dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania nastąpi do 48 h co wprost wynikało z treści udzielonych odpowiedzi z dnia 20.09.2023r.

Zarzut nr 3:

Odwołujący wskazał na wymagania SWZ dotyczące składania ofert poprzez platformę przetargową (Rozdział II.II pkt 8-10).

Odwołujący wskazał, że tylko on złożył ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ i oferta Odwołującego jako jedyna widnieje w zakładce postępowania „Informacja z otwarcia ofert” (dowód 6). Weryfikując informację z otwarcia ofert z innego niezależnego konta, również wynika, że tylko oferta Odwołującego została złożona w postępowaniu (dowód 7).

Oznacza to, że oferta Odwołującego jako jedyna została złożona prawidłowo i w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Platforma na której prowadzone jest postępowanie nie wykazuje innych złożonych ofert, a wykazanych przez Zamawiającego w informacji z otwarcia ofert (dowód 8).

W opinii Odwołującego nie można uznać, że inne oferty wynikające z informacji z otwarcia ofert zostały złożone poprawnie, skoro platforma nie zaczytała danych ofertowych. Z doświadczenia Odwołującego z obsługi innych platform

wynika, że platformy pobierają wszystkie dane z ofert, jeżeli tylko oferty zostały przesłane zgodnie z wymaganiami technicznymi, organizacyjnymi określonymi przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, pozostałe oferty w postępowaniu należy uznać jako złożone nieprawidłowo w oparciu o treść art. 64 ustawy pzp i w oparciu o zasady opisane w SWZ, co powinno skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Zarzut nr 4:

W konsekwencji powyżej wskazanych okoliczności odrzucenia oferty Konsorcjum, oferta Odwołującego powinna podlegać uzupełnieniu o podmiotowe środki dowodowe w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Brak tych czynności Zamawiającego powoduje naruszenie art. 274 ust. 1 ustawy PZP / art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Zarzut nr 5:

Jak wskazywał Odwołujący, Zamawiający do chwili obecnej nie przesłał Odwołującemu wskazanej w niniejszym przepisie Informacji. Odwołujący został jedynie poinformowany automatycznym powiadomieniem z platformy, że zamieszczono w niej dokument Informacja o wyborze oferty. Odwołujący najpierw powinien otrzymać stosowną informację zawierającą wskazane elementy w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP a następnie taka Informacja powinna być zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania (platforma).

Jak widać z zamieszczonej Informacji nie wskazano punktacji ani nie określono adresata Informacji. Potwierdza to, że naruszono art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 16 października 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Jak wskazywał Zamawiający nieprawdą jest, że oferta Przystępującego nie została zbadana w kontekście rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 26 września Przystępujący został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w dniu 27 września takie wyjaśnienia zostały przez niego złożone i uznane przez Zamawiającego za prawidłowe.

Odnosnie zarzutu nr 2 wskazał, że Przystępujący podpisał wszystkie wymagane załączniki do oferty (pliki) w sposób zgodny z SWZ. Ponadto oferta Przystępującego spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego dodatkowe referencje potwierdzają należyte wykonanie usług ponad żądanie opisane w SWZ i nie były wymagane. Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawcę referencji.

Zamawiający odniósł się także do kwestii wypełnienia formularza ofertowego wskazując, że w wyjaśnieniach z dnia 20 września 2023 r. wskazano, iż czas realizacji zadania jako przygotowania dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania stanowi warunek (a nie kryterium oceny ofert). Powyższe świadczy o tym, że zbędne była modyfikacja formularza ofertowego, a wykonawcy nie byli zobligowani do uzupełnienia tej treści w formularzu.

W zakresie zarzutu 3 Zamawiający wskazał, że oferta Przystępującego została złożona/przekazana w sposób poprawny, co potwierdza protokół wygenerowany 12.10.2023 r.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że jest on bezpodstawny. Zdaniem Zamawiającego oferta Przystępującego została wybrana prawidłowo, a tym samym brak było podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich złożeniu i prawidłowej ocenie do wyboru oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 5 Zamawiający wskazał, że informacja o wyborze oferty była prawidłowo zamieszczona na stronie i wykonawca otrzymał informację o wyborze oferty. Zdaniem Zamawiającego przepisy ustawy nie określają kolejności działań zamawiającego przy podawaniu wyników oceny ofert. Wykonawca składając odwołanie potwierdził, że informacja o wyborze została mu przekazana w sposób właściwy.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Wraz z zgłoszonym przystąpieniem, stanowisko merytoryczne w sprawie zajęli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radcy Prawnego I.D. oraz Kancelaria Radcy Prawnego K.K. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, dalej jako: „Przystępujący”. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił stosowną argumentację.

Pismami z dnia 30 października oraz 6 listopada 2023 r. dodatkowe stanowisko w sprawie zajął również Odwołujący.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie

zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radcy Prawnego I.D. oraz Kancelaria Radcy Prawnego K.K. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Wszystkie wymogi związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo, w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały przez strony i uczestnika postępowania liczne dowody, opisane w treści pism procesowych lub złożone indywidualnie do akt sprawy. Izba zaliczyła wszystkie złożone dowody w poczet materiału dowodowego sprawy, jednak wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych z nich, co znajdzie wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi prawnego wsparcia pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi w IHAR PIB – Radzików”, numer sprawy: 11/ZP/2023.

Zgodnie z Rozdziałem VI ust. 2 lit. b), c) SWZ Zamawiający ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu:

„b) Warunek dotyczący kwalifikacji osób skierowanych do realizacji zamówienia: 1) aby warunek został spełniony Wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował osobą posiadającą uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, zgodnie z Ustawą z dnia 26 maja 1982 r Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651, ze zm.) lub Ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75, ze zm.), czyli Wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy będzie miał podpisaną umowę z adwokatem lub radcą prawnym; 2) Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana w pkt 1 posiadała, co najmniej 10 lat doświadczenia jako adwokat/radca prawny i minimum 5 lat doświadczenia w doradztwie z zakresu prawa zamówień publicznych, co należy udokumentować poprzez złożenie kopii dokumentów potwierdzających ten fakt (w przypadku składania kopii umowy należy wymazać/ poskreślać wynagrodzenie).”

„c) Warunek dotyczący doświadczenia Wykonawców: O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że: 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, co najmniej 2 usługi (umowy) doradztwa prawnego z zakresu Ustawy Pzp, w tym przeprowadzania 2 postępowań w imieniu Zamawiającego, przy czym wartość każdej usługi (wartość umowy, a w przypadku umowy ramowej wartość usług zrealizowanych w ramach jednej umowy ramowej umowy) powinna wynosić nie mniej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: dwieście tysięcy złotych).”

W dniu 21 września Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do SWZ:

„Zamawiający pozostawia wymóg dotyczący tego, aby Wykonawca dysponował na dzień składania ofert w sytuacji nie bycia radcą prawnym lub adwokatem podpisaną umowę z radcą prawnym lub adwokatem. Zamawiający wziął pod uwagę Wykonawców prowadzących indywidualne kancelarie prawne i spółki partnerskie, wykonujących zamówienie osobiście.

Wobec takich osób wymaga podpisanej umowy o współpracy z radcą prawnym lub adwokatem albo innego dokumentu potwierdzającego ten fakt złożonego wraz z ofertą. Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana w pkt 1 posiadała, co najmniej 10 lat doświadczenia jako adwokat/radca prawny i minimum 5 lat doświadczenia w doradztwie z zakresu prawa zamówień publicznych lub inną zgodną z ww. rozporządzeniem i Ustawą Pzp.

*Zamawiający likwiduje warunek z „1 000 000,00 zł brutto (słownie: dwieście tysięcy złotych)” i zmienia go na: **Wymóg wykazania przez Wykonawcę udziału w 10 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca świadczył doradztwo prawne.**” (pogrubienie Zamawiającego)*

Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

Cena – 60%

Czas realizacji zadania: przygotowanie dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania do 48h – 30 %

Czas realizacji zadania: przygotowanie dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania powyżej 48h – 10%

W dniu 20 września 2023 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do SWZ:

„Zamawiający zmienia kryterium i jako jedyne kryterium oceny ofert pozostawia cena 100 %. Natomiast termin realizacji zamówienia, czyli „Czas realizacji zadania: przygotowanie dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania do 48h” od tego momentu stanowi warunek, nie kryterium oceny ofert.

W tym postępowaniu szybkość wykonania zadań ma istotne znaczenie dla Zamawiającego.”

Zgodnie z Rozdziałem IX SWZ „Informacje o podmiotowych środkach dowodowych”:

„Na ofertę składają się: Formularz ofertowy zgodny w treści z załącznikiem nr 2 do SWZ wraz z załącznikiem nr 3 do SWZ oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu wymienione w rozdziale VI SWZ.”

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 26 września 2023 r. w postępowaniu wpłynęły 4 oferty, w tym oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 360 000,00 zł brutto oraz oferta Przystępującego z ceną 172.200 zł brutto.

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny. Zgodnie z treścią wezwania:

Działając na podstawie: art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023.1605 ze zm.), w związku z tym, że cena całkowita Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania /średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy Pzp.

Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/ kosztu/ istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu.

Stan faktyczny:

Wątpliwości Zamawiającego dotyczą całkowitej ceny brutto. Przy wyliczeniu średniej z ofert Państwa oferta nie przekroczyła kwoty 275 451,75 zł. W tej sytuacji u Zamawiającego pojawiły się obawy czy nie ma do czynienia z rażąco niską ceną oraz czy w tej cenie będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego, które to będą bardziej i mniej pracochłonne.

Wyjaśnienia w formie elektronicznej, należy złożyć w terminie do dnia 28 września 2023 r. do godziny 9:00, za pośrednictwem Platformy zakupowej za pośrednictwem platformy: <https://ihar.eb2b.com.pl>.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną/ kosztem, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp.”

W dniu 28 września Przystępujący przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia.

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył również dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Część z tych dokumentów (zgodnie z wylistowaniem na str. 9 odwołania) nie zostało w ogóle podpisanych.

W dniu 28 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, iż pomimo tego, że rozstrzygnięcie odwołania jest dla Odwołującego w przeważającej mierze niekorzystne, to Izba zgadza się z Odwołującym, że ocena poszczególnych zachowań Zamawiającego podejmowanych w ramach prowadzonego postępowania zasługuje na dezaprobatę. Zapisy dokumentacji pełne są niejednoznaczności, a poszczególne czynności Zamawiającego były wykonywane w sposób nieporadny i nieudolny. Powyższe nie zmienia faktu, że Izba ocenia czynności i zaniechania Zamawiającego pod kątem postawionych zarzutów zawartych w odwołaniu i poza te zarzuty nie może wychodzić (art. 555 ustawy PZP). Wobec tego Izba przeanalizowała postawione w odwołaniu zarzuty i doszła do wniosku, że tylko jeden z nich okazał się zasadny.

Przechodząc od powyższej ogólnej uwagi, Izba pragnie wskazać, co następuje:

Zarzut nr 1:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy PZP wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Powyższe oznacza, że Izba obowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu lub tak jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu – czynności, które zostały wykonane przez Zamawiającego przed wniesieniem odwołania, ale o których Odwołujący w momencie wnoszenia środka ochrony prawnej nie miał wiedzy.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący powziął informację o badaniu przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego w dniu 3 listopada 2023 r. (a więc na etapie pomiędzy wniesieniem odwołania a przeprowadzeniem rozprawy i wydaniem rozstrzygnięcia przez KIO). Mimo tego, Odwołujący złożył w trakcie rozprawy kategorię oświadczenie, że podtrzymuje zarzut nr 1, którym dążył do wystosowania przez Zamawiającego wezwania do Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Zdaniem Izby, tak postawiony zarzut, przy uwzględnieniu dokonanych ustaleń faktycznych, zasługuje na oddalenie. Czynności, których wykonania domaga się Odwołujący zostały bowiem wykonane, a zaniechanie skarżone wniesionym odwołaniem nie istniało.

Wskazać należy, że ustawa PZP w art. 515 ust. 3 przewiduje, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 (a więc innych niż odwołanie wobec czynności, o których zamawiający poinformował wykonawcę lub wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o konkursie lub treści dokumentów zamówienia) wnosi się w terminie liczonym od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, w momencie otrzymania informacji o przeprowadzeniu przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, Odwołujący powinien był wycofać zarzut nr 1 niniejszego odwołania i zakwestionować odrębnym odwołaniem czynność polegającą na ocenie przez Zamawiającego złożonych przez Przystępującego wyjaśnień – o ile z tą oceną się nie zgadzał.

Na obecnym etapie, w momencie w którym Zamawiający badał cenę oferty Przystępującego, zarzut odwołania nie może być uwzględniony, gdyż czynność której wykonania domaga się Odwołujący, została wykonana, a skarżone zaniechanie w ogóle nie istniało.

Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 2:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Przystępujący podmiotowe środki dowodowe przedłożył wraz z ofertą.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że część z plików przesłanych przez Przystępującego nie została w ogóle podpisana – przesłane zostały jedynie cyfrowe odwzorowania dokumentów nie opatrzone jakimkolwiek podpisem – co jest niezgodne z warunkami określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452), które to rozporządzenie przy przekazywaniu podmiotowych środków dowodowych w postępowaniach poniżej progów unijnych wymaga użycia co najmniej kwalifikowanego podpisu elektronicznego, podpisu zaufanego lub podpisu osobistego.

Braki w zakresie podpisów dotyczą listy wyszczególnionej na str. 9 odwołania – Izba w tym zakresie popiera twierdzenia odwołania. Odwołujący nie kwestionował przy tym prawidłowości formy pozostałych dokumentów – nie wyszczególnionych na liście ze str. 9 odwołania.

Wobec powyższego, kluczowym zdaniem Izby dla rozstrzygnięcia sporu w tym zakresie jest odpowiedź na pytanie, czy dokumenty przedłożone w prawidłowej formie (podpisane) są wystarczające by uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w kontekście postanowień dokumentacji oraz zarzutów postawionych w odwołaniu.

Odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował spełnianie przez Przystępującego warunku z Rozdziału VI ust. 2 lit. c SWZ, zmodyfikowanego następnie przez odpowiedzi zamawiającego z dnia 21 września. Zgodnie z treścią pierwotnego warunku udziału w postępowaniu:

„Warunek dotyczący doświadczenia Wykonawców: O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że: 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, co najmniej 2 usługi (umowy) doradztwa prawnego z zakresu Ustawy Pzp, w tym przeprowadzania 2 postępowań w imieniu Zamawiającego, przy czym wartość każdej usługi (wartość umowy, a w przypadku umowy ramowej wartość usług zrealizowanych w ramach jednej umowy ramowej umowy) powinna wynosić nie

mniej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: dwieście tysięcy złotych)."

W dniu 21 września 2023 r. Zamawiający na pytanie dotyczące ww. warunku udzielił następujących wyjaśnień:

„Zamawiający likwiduje warunek z „1 000 000,00 zł brutto (słownie: dwieście tysięcy złotych)” i zmienia go na:

Wymóg wykazania przez Wykonawcę udziału w 10 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca świadczył doradztwo prawne.”

Wobec udzielonych wyjaśnień, zdaniem Izby, przedmiotowy warunek należy odczytywać w ten sposób, że Zamawiający zrezygnował z wymogu dotyczącego wartości wykazywanych usług doradztwa prawnego. Zamiast tego wprowadził odrębny wymóg polegający na konieczności wykazania przez Wykonawcę udziału w 10 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca świadczył doradztwo prawne.

Zatem na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku należało wykazać, że: 1) w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert wykonawca wykonał co najmniej 2 usługi (umowy) doradztwa prawnego z zakresu ustawy PZP, w tym przeprowadzania 2 postępowań w imieniu zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający postawił wymóg wykazania przez Wykonawcę udziału w 10 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca świadczył doradztwo prawne, który to wymóg nie został dodatkowo ograniczony żadnymi warunkami.

Odwołujący w ramach podniesionego zarzutu zakwestionował poszczególne przedłożone przez Przystępującego dokumenty (wyliczenie dokumentów od 1 do 8 na str. 11,12 i 13 odwołania), jednak zdaniem Izby, na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający nie sprecyzował, jakie dokumenty należy przedłożyć, a więc uznać należy, że mogą to być jakiegokolwiek dokumenty potwierdzające powyższe. Izba w tym zakresie zgadza się z Zamawiającym, że referencje i umowy nie były niezbędne do dokonania oceny spełniania przez Przystępującego przedmiotowego warunku.

Zdaniem Izby z dokumentów złożonych w prawidłowej formie (tj. podpisanych) jedyny dokument jaki może być oceniany pod kątem spełniania tego warunku to plik pod nazwą: „kancelaria_radcy_prawnego_kinga_krzyzewska_wykaz_3821072”. Wskazać przy tym należy, że Zamawiający nie ograniczając w żaden sposób katalogu dokumentów na potwierdzenie przedmiotowego warunku, dopuścił również jego potwierdzenie przez oświadczenie własne, którym de facto taki wykaz jest.

Z wykazu tego wynika pierwszy element warunku, tj. wskazane są tam co najmniej 2 usługi z zakresu doradztwa prawnego w przypadku każdego z członków konsorcjum, z okresu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. Wskazane jest także co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których członkowie konsorcjum świadczyli doradztwo prawne. Z dokumentu nie wynika jednak przeprowadzenie przez członków konsorcjum co najmniej 2 postępowań w imieniu zamawiającego w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. W tym zakresie należy więc uznać, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i powinien uzupełnić stosowne dokumenty.

Odwołujący zakwestionował również posiadanie przez członków konsorcjum co najmniej 5 letniego doświadczenia w doradztwie z zakresu zamówień publicznych. Zamawiający na potwierdzenie powyższego wymagał złożenia „kopii dokumentów potwierdzających ten fakt.” Czyli ponownie Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył sposobu wykazywania posiadanego przez członków konsorcjum doświadczenia. Zdaniem Izby użycie przez Zamawiającego takiego sformułowania nie wyklucza możliwości posłużenia się także oświadczeniem własnym wykonawcy w formie wykazu. Wykaz, w którym wykonawca oświadcza, że posiada określone doświadczenie, również jest dokumentem, który potwierdza ten fakt. Zamawiający nie sprecyzował bowiem o jakie dokumenty mu chodzi lub skąd takie dokumenty muszą pochodzić.

Z wykazu złożonego przez Przystępującego wynika doświadczenie w świadczeniu usług z zakresu zamówień publicznych powyżej 5 lat. Odwołujący nie wykazał by oświadczenia zawarte w wykazie nie były prawdziwe, a więc tę część zarzutu należało oddalić. Izba w tym zakresie zgadza się z Zamawiającym, że referencje i umowy nie były niezbędne do dokonania oceny spełniania przez Przystępującego przedmiotowego warunku.

Z powyższych względów postawiony zarzut okazał się częściowo trafiony. Procedura uzupełniania podmiotowych środków dowodowych nie była prowadzona przez Zamawiającego, a więc Przystępujący, który nie wykazał w pełni warunków udziału w postępowaniu, powinien mieć szansę na uzupełnienie stosownych dokumentów.

Co więcej, Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że wyjaśnienia Zamawiającego o treści: „Nie każdy prawnik in-house zajmuje się zamówieniami publicznymi” oznaczają, że zamawiający potwierdził, że prawnik in-house nie jest dedykowany do obsługi zamówień publicznych. Takiej tezy nie da się wywieść z powyższego stwierdzenia Zamawiającego.

W ramach przedmiotowego zarzutu znalazło się również twierdzenie Odwołującego, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że w formularzu ofertowym nie uzupełniono danych dotyczących czasu realizacji zadania jako przygotowania dokumentów niezbędnych do opublikowania postępowania. Izba nie zgodziła się z tak postawioną tezą.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego jest niezgodna z postanowieniami SWZ. Wskazać należy, że wypełnienie omawianego pola w formularzu ofertowym tak naprawdę stało się bezprzedmiotowe w wyniku zrezygnowania przez Zamawiającego z tego kryterium oceny i uznania go za warunek postępowania (potwierdza to treść wyjaśnień Zamawiającego z dnia 20 września 2023 r.). Początkowo przedmiotowe pole w formularzu ofertowym należało wypełnić tylko dlatego, że pierwotnie było to kryterium oceny ofert. Dodać należy, że Przystępujący w treści formularza ofertowego oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie określonym w SWZ. Dokument ten należy więc czytać łącznie i zdaniem Izby naruszenia powoływane przez Odwołującego nie dają podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zarzut nr 3:

Zdaniem Izby Odwołujący w sposób jednoznaczny nie wykazał by oferta Przystępującego nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego, co stanowiłoby podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Wskazać należy, że z zebranego materiału dowodowego wynikają sprzeczne dane. Z jednej strony Odwołujący wraz z odwołaniem przedstawił dowód w postaci informacji z otwarcia ofert, wygenerowanej przez Odwołującego z platformy przetargowej, z której wynika, że jedyną złożoną ofertą jest oferta Odwołującego. Raport ten jest jednak bardzo okrojony, nie zawiera szczegółowych danych dotyczących godziny złożenia oferty itd.

Z kolei z raportu, na który Odwołujący powoływał się w stanowisku procesowym z dnia 6 listopada 2023 r., wygenerowanego w dniu 3 października 2023 r. – dużo bardziej szczegółowego, wynika że oferentów było więcej. Dodatkowo, z ww. raportu wynika również, że wszystkie oferty, w tym oferta Odwołującego, zostały złożone po terminie składania ofert (oferta Odwołującego wg. tabeli pn. „Historia ofert” została złożona 26 września o godzinie 14:03:35, podczas gdy termin składania ofert upływał 26 września o godzinie 11:00). Z tego samego raportu, z tabeli pn. „Lista przesłanych załączników” wynika też, że oferty wszystkich wykonawców zostały przesłane przed terminem składania ofert.

Zdaniem Izby niejednoznaczność zebranego w sprawie materiału dowodowego nie pozwala przesądzić, że istnieje podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. Wskazać należy, że przepisy dotyczące odrzucenia ofert mają charakter sankcyjny i powinny być interpretowane wąsko. Przystępujący nie wykazał w jaki sposób Zamawiający miałby „wprowadzić do systemu oferty innych wykonawców”, co miałoby świadczyć o tym, że jedynie oferta Odwołującego została złożona prawidłowo. Wskazać należy, że z tej samej tabeli, z której Odwołujący wywodzi wniosek, że Zamawiający wprowadził oferty innych wykonawców do systemu wynika również, iż on sam ofertę złożył po terminie składania ofert.

Wobec tego Izba oparła się na dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego do akt, z której wynika, że w postępowaniu wpłynęły oferty 4 wykonawców (informacja z otwarcia ofert sporządzona przez Zamawiającego i datowana na dzień 26 września 2023 r. oraz protokół postępowania – przekazane do Izby, jako część dokumentacji postępowania).

Wobec tego zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 4:

Zarzut nr 4 jest zarzutem oczywiście przedwczesnym. Wskazać należy, że co do zasady zamawiający wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych tylko zwycięskiego oferenta tj. wykonawcę, który uplasował się na najwyższej pozycji w rankingu ofert (art. 274 ust. 1 ustawy PZP). W związku z tym czynności, których zaniechanie dokonania skarży Odwołujący w ramach zarzutu nr 4, Zamawiający musiałby ewentualnie wykonać, gdyby to oferta Odwołującego uplasowała się na najwyższym miejscu w rankingu ofert, co nie miało miejsca (lub następczo – gdyby wobec rozstrzygnięcia odwołania oferta Przystępującego została odrzucona i ranking ofert uległby zmianie).

Wobec tego zarzut jako oczywiście niezasadny należało oddalić.

Zarzut nr 5:

Zdaniem Izby wskazywane przez Odwołującego naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, a zatem

zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, postawiony zarzut nie może zostać uwzględniony. Jak przyznał sam Odwołujący, otrzymał on automatyczne powiadomienie z platformy przetargowej o zamieszczeniu dokumentu pn. „Informacja o wyborze oferty”. Brak w przedmiotowej informacji elementów, o których mowa w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, nie spowodował, że Odwołujący nie mógł skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej. To samo dotyczy zamieszczenia stosownej informacji jedynie na platformie przetargowej prowadzonego postępowania.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 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).

Przewodniczący: