

Poznań, dnia 1 lipca 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 a

02-676 Warszawa

Odwołujący:

Konsorcjum firm:

„Sokołowski Zdrojewski Ścibisz Radcy Prawni” sp.p. – Lider Konsorcjum,

ul. Wroniecka 17, 61-763 Poznań

NIP: 7781468083

e-mail: kancelaria@szs-partners.pl

tel: 61 855 21 97

RODO.PL sp. z o.o. – Członek Konsorcjum

ul. Sianowska 4A, 60-431 Poznań

NIP: 7811967596

e-mail: krzysztof.kowal@rodo.pl

tel: 605 044 905

reprezentowane przez **radcę prawnego Dorotę Ambroziak,**

adres email: dorota.ambroziak@szs-partners.pl

tel. 515 332 311

Zamawiający:

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu

ul. Stanisława Szczepanowskiego 15A, 60-541 Poznań

NIP: 778 113 47 90

e-mail: biuro@wfosgw.poznan.pl

kiwanska@wfosgw.poznan.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 1 w zw. z art. 359 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą pzp”, dla zadania pn.: *Obsługa prawna WFOŚiGW w Poznaniu*, nr postępowania: 261.18.2022, opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 maja 2022 r., pod numerem nr 2022/BZP 00168680/01 (dalej również jako „Postępowanie”).

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Odwołującego – Konsorcjum firm: „Sokołowski Zdrojewski Ścibisz Radcy Prawni” sp.p. z siedzibą w Poznaniu oraz RODO.PL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako: „Odwołujący”, „Konsorcjum”), pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zamawiającego Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu pod nazwą: Obsługa prawna WFOŚiGW w Poznaniu, nr postępowania: 261.18.2022**, składam odwołanie na:
1. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego,
 2. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na wyborze oferty Wykonawcy Sowisło Topolewski Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Fabryczna 9, 61-524 Poznań,
 3. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na niedokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz specyfikacją warunków zamówienia, ewentualnie na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu.
- II. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt. 2) ppkt. a) ustawy pzp niniejsze odwołanie wnoszone jest w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Informacja o wyniku postępowania została przekazana Wykonawcy w dniu 27 czerwca 2022 r., przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom z art. 515 ust. 1 pkt. 2) ppkt. a) ustawy pzp i wnosi odwołanie w terminie.
- III. Działając na podstawie art. 505 ustawy pzp Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą niepodlegającym wykluczeniu oraz złożył ważną ofertę w Postępowaniu, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert znajduje się na pierwszym miejscu. Działania i zaniechania Zamawiającego, wskazane w niniejszym odwołaniu, skutkujące bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Dodatkowo takie działanie Zamawiającego może doprowadzić do poniesienia szkody przez Odwołującego, który ma realną szansę na uzyskanie zamówienia i realizację zysku, która może zostać zniweczona przez niezgodne z przepisami pzp i warunkami zamówienia działania Zamawiającego. Z tego też względu Odwołujący posiada bezsprzecznie interes we

wniesieniu niniejszego odwołania i działając na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa wnosi odwołanie.

IV. Składając niniejsze odwołanie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2) ppkt b) w zw. z art. 116 i art. 112 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu,
2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez ogólnikowe i niejednoznaczne uzasadnienie wskazanej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, bez konkretnego wskazania i odniesienia się do przepisów ustawy, wskazujących na niezgodność oferty Odwołującego z tymi przepisami, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu i w konsekwencji odrzuceniem oferty Odwołującego,
3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez ogólnikowe uzasadnienie i niejednoznaczne wskazanej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, bez wskazania i odniesienia się do odrębnych przepisów, wskazujących na nieważność oferty Odwołującego, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu i w konsekwencji odrzuceniem oferty Odwołującego,
4. Naruszenie art. 117 ust. 2 w zw. z art. 112 ust. 2, w zw. z art. 114 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp, poprzez uznanie, iż Odwołujący nie posiada uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia,
5. Naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto:

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

V. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. **uwzględnienie odwołania w całości,**
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz dotyczących podziału zadań między konsorcjantami,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych.

Uzasadnienie

I.

Ad. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2) ppkt b) w zw. z art. 116 i art. 112 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu oraz

Ad. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

1. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2) ppkt. b) ustawy pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Z kolei zgodnie z art. 112 ust. 1 i 2 ustawy pzp:*
 1. *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
 2. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
 - 1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
 - 2) *uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
 - 3) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
 - 4) *zdolności technicznej lub zawodowej.*
2. W rozdziale VII Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu **wyłącznie na podstawie art. 112 ust. 2 pkt. 3 i 4) ustawy pzp tj. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej.** W zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej, warunek określony przez Zamawiającego został sformułowany w następujący sposób:

Rozdział VII SWZ:

1. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w rozdziale VIII SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.*
2. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:*
 - 1) (...)
 - 2) *zdolności zawodowej:*

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

 - a) *które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z których każda posiada*

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

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

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

3. W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27 czerwca 2022 r., w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że cyt.: **„Zamawiający wyznaczył warunek dotyczący zdolności zawodowej, tj. żądania, aby wszystkie wskazane osoby były radcami prawnymi/adwokatami/prawnikami zagranicznymi”.**
4. Na podstawie ww. stwierdzenia, Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, uznając, że oferta Odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie może się zgodzić z dokonaną oceną oferty Konsorcjum oraz dokonaną w jej wyniku czynnością odrzucenia oferty Konsorcjum.
5. Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty nie znajduje odzwierciedlenia w treści warunków udziału w postępowaniu tj. w treści przytoczonego powyżej rozdz. VII ust. 2 pkt. 2 SWZ, bowiem Zamawiający w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonuje wykładni rozszerzającej

- postawionego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, nadając mu odmienne znaczenie, odbiegające od literalnego brzmienia tego warunku.
6. Odwołujący wskazuje, że w treści ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej Zamawiający wymagał „dysponowania co najmniej 10 osobami”, natomiast żądanie posiadania uprawnień radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego zostało sformułowane **wyłącznie w rozdz. VII ust. 2 pkt. 2 ppkt. a)** SWZ, zatem Zamawiający nie wymagał takich uprawnień w treści rozdz. VII ust. 2 pkt. 2 ppkt. b) SWZ.
7. Zamawiający jasno i wyraźnie sformułował warunek w zakresie zdolności zawodowej, podając, „**Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że dysponuje, co najmniej dziesięcioma osobami**”, następnie:
- w ppkt. a) sformułował wymagania dotyczące osób posiadających uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej jako radca prawny/adwokat/prawnik zagraniczny, a także wskazał wymagany zakres doświadczenia tych osób w świadczeniu usług wsparcia prawnego, który to zakres te osoby mogą spełniać łącznie;
 - w ppkt. b) Zamawiający wymagał, by Wykonawca wykazał dysponowanie dwoma osobami, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, **polegającego na świadczeniu usługi wsparcia w realizowaniu zadań i obowiązków Inspektora Ochrony Danych u Zamawiającego**, które łącznie mogą wykazać się w okresie ostatnich trzech lat opracowaniem co najmniej trzech Polityk bezpieczeństwa danych osobowych (RODO) dla jednostek sektora finansów publicznych.
8. Zatem:
- w ppkt. a) warunku zdolności zawodowej Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga posiadania uprawnień radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego oraz doświadczenia w świadczeniu usług wsparcia prawnego.
 - w ppkt. b) warunku zdolności zawodowej Zamawiający wyraźnie wymagał, by Wykonawca w zespole posiadał dwie osoby, które mogą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, polegającego na świadczeniu usług wsparcia w realizowaniu zadań Inspektora Ochrony Danych u Zamawiającego, które to osoby posiadają doświadczenie w zakresie opracowania polityk bezpieczeństwa danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych.
9. Na tej podstawie należy jednoznacznie stwierdzić, jak wynika wprost z treści warunku dot. zdolności zawodowej, że w ppkt. b):
- Zamawiający wymagał wykazania osób, które mogą świadczyć usługi wsparcia IOD a nie usługi wsparcia prawnego,
 - Zamawiający wymagał wyłącznie doświadczenia polegającego na opracowywaniu polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych.

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

- zamawiający wyraźnie wskazał, że osoby posiadające owe doświadczenie będą jedynie wspierać Inspektora Ochrony Danych,
- doświadczenie wymagane od owych osób tj. **sporządzenie trzech polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych** to doświadczenie, którym legitymują

- się osoby pełniące funkcje Inspektora Ochrony Danych lub wykonujące podobne zadania w zakresie ochrony danych osobowych,
- Zamawiający nie sformułował wymagania posiadania uprawnień radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego wobec osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie wsparcia Inspektora Ochrony Danych,
 - gdyby Zamawiający chciał, by osoby posiadające uprawnienia radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego świadczyły usługi wsparcia IOD, sformułowałby taki wymóg dodając kolejny tiret w ust. 2 pkt. 2 ppkt. a), zamiast dodawać kolejny podpunkt b), formułujący wymagania niezależnie i odmiennie od ppkt. a), ponadto podałby wprost, że świadczone wsparcie IOD ma być „**wsparciem prawnym**”.
10. Zdaniem Odwołującego, odmienna interpretacja warunków na etapie oceny ofert, nadawanie warunkom innego brzmienia i sensu niż wynika wprost z treści specyfikacji warunków zamówienia stanowi czynność naruszającą zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- Nawet, gdyby interpretacja zapisów SWZ mogła prowadzić do dwóch różnych odmiennych wniosków (co jednocześnie nie ma miejsca w tym postępowaniu), to również w takim przypadku, stosowanie na etapie badania i oceny ofert odmiennej i jednocześnie niekorzystnej dla Wykonawców interpretacji zapisów SWZ, stanowi czynność niezgodną z przepisami ustawy pzp.
11. Odwołujący powołuje w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2021 r. KIO 1493/21, potwierdzający: *Postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. Nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Istniejące ewentualnie wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w niej postanowień powinny być wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami. W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że warunek określony w SWZ mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to Zamawiający winien dokonać oceny spełnienia go przez wykonawców z uwzględnieniem ww. zasad, tj. w sytuacji, gdyby uznać, że interpretacja SWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwalała na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to takie postanowienie SWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, bowiem to Zamawiający jest autorem SWZ.*
12. W kontekście powyższych rozważań należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Wykonawcy przyznał wprost, iż oczekiwał świadczenia pomocy prawnej przez osoby posiadające uprawnienia radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego. W odniesieniu do takiego sformułowania, nasuwa się pytanie retoryczne, dlaczego w takim razie nie wybrał oferty Odwołującego, która bez wątpienia była ofertą najkorzystniejszą.
- Oferta przedstawiona przez Odwołującego, załączone podmiotowe środki dowodowe tj. wykaz osób, posiadających stosowne uprawnienia do realizacji usług pomocy prawnej, a także oświadczenie złożone przez Odwołującego na podstawie art. 117 ust. 3 i 4 ustawy pzp, z podziałem zadań między konsorcjantów, czy też wreszcie wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 7 czerwca 2022 r. w pełni potwierdzają spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu

określonych w rozdziale VII Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym wymóg, by świadczenie pomocy prawnej odbywało się wyłącznie przy udziale osób posiadających uprawnienia radcy prawnego/adwokata/prawnika zagranicznego.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podkreśla, że:

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

Dowód: wykaz osób (w aktach postępowania).

13. Z daleko posuniętej ostrożności, nawet, gdyby przyjąć, że Zamawiający oczekiwał, by wszystkie osoby wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. posiadające doświadczenie opisane w ppkt. a) oraz w ppkt. b) posiadały uprawnienia radcy prawnego, adwokata, prawnika zagranicznego, to taki warunek Odwołujący również spełniał, gdyż wszystkie wykazane osoby są radcami prawnymi. Odwołujący jednakże stanowczo podkreśla, że literalne brzmienie warunku w zakresie zdolności zawodowej nie daje podstaw do takiej interpretacji.

14. Jednakże stanowczo należy stwierdzić, że **wyłącznie warunki udziału określone wprost w Specyfikacji Warunków Zamówienia, a nie oczekiwania Zamawiającego, nota bene odmienne od brzmienia i literalnej treści warunków udziału, stanowią podstawę do badania i oceny złożonych ofert.**

Odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o oczekiwania i wyobrażenia Zamawiającego, a nie w oparciu o rzeczywiste brzmienie warunków udziału w postępowaniu opisane w SWZ, stanowi działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości postępowania.

15. Podsumowując, ustawodawca wskazał w art. 112 ustawy pzp, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tym samym ocena oferty Wykonawcy musi odbywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do tych warunków.

Odwołujący przedstawił kompetentny zespół osób posiadających doświadczenie i uprawnienia zgodne z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dokonując obiektywnej oceny oferty Wykonawcy, nie sposób uznać, by Odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. W świetle powyższego, odmienny

wniosek Zamawiającego i w konsekwencji odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy pzp stanowi czynność niezgodną z przepisami prawa zamówień publicznych.

II.

Ad. 2 zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 3) w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez ogólnikowe uzasadnienie wskazanej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, bez wskazania i odniesienia się do przepisów ustawy, wskazujących na niezgodność oferty Odwołującego z tymi przepisami, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu i w konsekwencji niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego oraz

ad. 3. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 4) w zw. z art. 253 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez ogólnikowe uzasadnienie wskazanej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, bez wskazania i odniesienia się do odrębnych przepisów, wskazujących na nieważność oferty Odwołującego, co skutkowało nieprawidłowym zastosowaniem ww. przepisu i w konsekwencji niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego.

1. Uzasadnienie ww. podstaw odrzucenia oferty Odwołującego zostało sformułowane w sposób ogólnikowy i lakoniczny, uniemożliwiający odniesienie się do tych konkretnych podstaw prawnych, na podstawie których oferta Odwołującego została uznana za niezgodną z przepisami ustawy pzp (art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy pzp), czy też za nieważną w świetle innych przepisów prawa (art. 226 ust. w pkt. 4 ustawy pzp). *Wszystkie informacje o podstawach czynności zamawiającego odwołujący powinien uzyskać z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Sytuacja, w której wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty, niewątpliwie nie sprzyja zasadom uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wyrażonym w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2021 r. KIO 863/21.*
2. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał m.in. cyt.: *Zamawiający oczekiwał świadczenia pomocy prawnej przez adwokatów lub radców prawnych (odpowiednio prawników zagranicznych), a świadczenie tej pomocy nie może odbywać się w niezgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa formie tj. w przypadku spółki, która nie jest dopuszczona przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa do świadczenia pomocy prawnej na terenie RP. Mimo bowiem braku ustawowego monopolu na wszystkie aspekty świadczenia pomocy prawnej przez radców prawnych, adwokatów (prawników zagranicznych), jeżeli Zamawiający wymaga, aby to oni świadczyli tę pomoc prawną (obsługę prawną), to realizacja takiej pomocy prawnej (obsługi prawnej) musi być zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym z rygorami form prawnych prowadzenia tego typu działalności w RP, jeżeli Zamawiający w SWZ wskazał zasady realizacji usługi, warunki udziału podmiotów, także w zakresie zdolności zawodowej, w tym przypadku dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach zawodowych.*

3. Odwołujący zaznacza, że złożona przez niego oferta jest zgodna nie tylko z przepisami ustawy pzp, ale również z innymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego, również tymi dotyczącymi wykonywania zawodu radcy prawnego.
4. Załączone do oferty oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy pzp wskazuje czynności w zakresie świadczenia obsługi prawnej - zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, które będzie realizował Lider Konsorcjum czyli spółka partnerska radców prawnych przy udziale zespołu radców prawnych.
5. Natomiast, czynności dotyczące wsparcia inspektora ochrony danych – zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, będą realizowane przez członka Konsorcjum spółkę RODO.pl sp. z o.o. Ponadto, jak już wskazano w piśmie z dnia 7 czerwca 2022 r. – odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień, Wykonawca wskazał wprost, że w zakresie w jakim usługi wsparcia IOD u Zamawiającego nie będą stanowiły usług wsparcia prawnego, będą realizowane przez konsorcjanta RODO.pl sp. z o.o. Zatem konsorcjant Rodo.pl sp. z o.o. nie będzie realizować usług wsparcia prawnego, a wyłącznie usługi w zakresie wsparcia w realizacji zadań i obowiązków inspektora ochrony danych, wskazane w opisie przedmiotu zamówienia tj. m.in.:
 - wsparcie w identyfikowaniu ryzyk związanych z przetwarzaniem danych osobowych,
 - okresowe sprawdzanie zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych,
 - udzielanie wskazówek w przedmiocie wdrożenia odpowiednich oraz skutecznych środków organizacyjnych i technicznych mających wpływ na bezpieczeństwo danych osobowych.
6. Dalej Zamawiający w treści informacji o wyniku stwierdził: *Z odpisu z KRS, jedynym komplementariuszem RODO sp. z o.o. sp.k., jest spółka kapitałowa RODO sp. z o.o. Dodatkowo należy wskazać, że spółka RODO sp. z o.o. sp.k. nie prowadzi działalności prawniczej sklasyfikowanej kodem PKD 69.10.Z oraz nie stanowi spółki, w ramach której adwokaci i radcowie prawni mogą świadczyć pomoc prawną. Z uwagi na powyższe, niemożliwym jest wykazanie się przez RODO sp. z o.o. sp.k. osobami wskazanymi w celu świadczenia pomocy prawnej, między innymi dlatego, że ten podmiot nie spełnia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które to Zamawiający wskazał w SWZ jako konieczność świadczenia przez te podmioty usług prawnych zgodnie z obowiązującymi powszechnie przepisami prawa.*
7. Odwołujący odnosząc się do powyższego opisu, ponownie (bowiem już w piśmie z dnia 7 czerwca 2022 r. przedstawiał wyjaśnienia w tym zakresie) podaje, że:
 - okoliczność, iż konsorcjant RODO.pl sp. z o.o. nie świadczy usług wsparcia prawnego, nie posiada PKD 69.10 Z, nie stanowi jakiejkolwiek przesłanki uzasadniającej odrzucenie oferty Odwołującego, bowiem zakres wymagań Zamawiającego opisany w SWZ obejmuje również usługi wsparcia IOD, do realizacji których Zamawiający nie wymagał udziału radców prawnych, prawników zagranicznych, czy też adwokatów.
 - Niezależnie od powyższego, nawet, gdyby usługi wsparcia IOD wymagały wsparcia o charakterze prawnym, w wykazie osób – załącznik nr 3a do SWZ stanowiącym wykaz dot. kryteriów oceny ofert, zostali wskazani dwaj radcy prawni, posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w opracowywaniu polityk bezpieczeństwa ochrony danych osobowych dla jednostek sektora finansów publicznych.

- Nie można pominąć istotnego faktu, a mianowicie, Zamawiający nie formułował warunku w postaci posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Uzasadnienie dla tej tezy zawarto w poniżej.

Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że posiadanie określonego kodu PKD nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie fakt, że jeden z konsorcjantów nie posiada kodu PKD 69.10. Z nie wpływa na możliwość udziału tego konsorcjanta w realizacji przedmiotu zamówienia, skoro Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, zawierający czynności i zadania realizowane przez Inspektorów Ochrony Danych. Z tego też względu udział konsorcjanta nie będącego spółką radców prawnych nie stanowi jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy pzp. Nie stanowi również o tym, by oferta Odwołującego była nieważna z tego powodu. Wreszcie, jak wyjaśnił i wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach w trakcie procedury badania i oceny ofert, udział RODO.pl sp. z o.o. w realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie obejmował czynności wsparcia prawnego.

W świetle powyższego, dyskwalifikacja oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3) ustawy pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp jest niezasadna i niezgodna z przepisami ustawy pzp.

III.

Ad. Naruszenie art. 117 ust. 2 w zw. z art. 112 ust. 2, w zw. z art. 114 oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp, skutek uznania, iż Odwołujący nie posiada uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia.

1. Należy stanowczo podkreślić, że Zamawiający nie formułował warunku z art. 112 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp tj. warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, a także nie wymagał udowodnienia posiadania tych uprawnień na podstawie art. 114 ustawy pzp.
2. Tymczasem w treści uzasadnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający odniósł się do warunku wskazanego w art. 117 ust. 2 ustawy pzp, podając, że: *Warunek z art. 117 ust. 2 Pzp jest zrealizowany, gdy możliwe jest wykazanie się posiadaniem uprawnień przez tego z wykonawców występujących wspólnie, który posiada takie uprawnienia i zrealizuje usługi, do których realizacji uprawnienia te są wymagane.*
3. Zupełnie niezrozumiałym dla Odwołującego jest powołanie się w treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty art. 117 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym: *Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.*
4. Odwołujący, jak już wskazywał w uzasadnieniu do zarzutów powyżej, dysponuje zespołem osób posiadających uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego.

5. Konsorcjum wyraźnie i stanowczo oświadczyło, że konsorcjant RODO.pl sp. z o.o. nie będzie świadczyć usług pomocy prawnej oraz określiło zakres udziału tego wykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia tj. zakres wynikający ze wsparcia zadań IOD.
6. Okoliczność, iż: do wykonywania usług wsparcia IOD, które:
 - a) zgodnie z treścią warunku nie było wsparciem prawnym, czy też świadczeniem usług pomocy prawnej,
 - b) dodatkowo miało być wykonywane przez osoby legitymujące się doświadczeniem typowym dla świadczenia usług ochrony danych osobowych, świadczy o tym, że do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie czynności nie polegających na świadczeniu usług wsparcia prawnego, Wykonawca mógł wystąpić w konsorcjum ze spółką specjalizującą się w świadczeniu usług wsparcia w obszarze ochrony danych osobowych.

Podsumowując argumentację wskazaną powyżej, podstawy odrzucenia oferty Odwołującego są podstawami niezasadnymi, a także nie mającymi żadnych podstaw prawnych i faktycznych obligujących do ich zastosowania. W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy pzp wybrać ofertę Odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą.

IV.

Uzasadnienie zarzutu ewentualnego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy pzp wskutek zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do ponownego złożenia oświadczenia o podziale zadań między konsorcjantami, co skutkowało naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt. 2) ppkt. b, oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3) i 4) ustawy pzp, wskutek zaniechania prawidłowego przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert oraz przedwczesnego odrzucenia oferty Odwołującego.

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

W świetle powyższego, wnoszę i wywodzę jak w petitum.

Załączniki :

- dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania,
- dowód przekazania niniejszego odwołania Zamawiającemu wraz z załącznikami,
- pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu,
- dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- odpis z KRS Odwołującego.
- pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum.