

WYROK

z dnia 12 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **11 września 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **28 sierpnia 2023 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Gwarant Agencja Ochrony sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Świadczenie usługi ochrony osób i mienia realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w całodobowym systemie zmianowym na rzecz pododdziałów gospodarczych Jednostki Wojskowej Nr 6021 (14/2023/PO/SOO)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 6021 z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie co do zarzutów z pkt II. 1. i 2. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie oceny wniosków, a w ramach jej powtórzenia wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dowodu należytego wykonania usługi na rzecz Grupy Azoty Zakładów Chemicznych Police S.A. oraz uznania za jawny i podlegający udostępnieniu w całości wykazu osób złożonego przez Przystępującego.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:**

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) odpowiadającej połowie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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.**

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 6021 z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usługi ochrony osób i mienia realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w całodobowym systemie zmianowym na rzecz pododdziałów gospodarczych Jednostki Wojskowej Nr 6021 (14/2023/PO/SOO)*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 czerwca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_110 pod poz. 341732.

Wartość tego zamówienie przekracza progi unijne.

18 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w powyższym postępowaniu.

28 sierpnia 2023 r. Impel Provider sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Gwarant Agencja Ochrony sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, którzy złożyli wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu {dalej łącznie zwani „Konsorcjum Impel” lub „Odwołującym”} wnieśli odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechań innych czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołując zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {w zw. z przepisami innych aktów prawnych, jeżeli wskazano je poniżej}:

1. Art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 – przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego wspólnie przez Poczta Polska S.A. {dalej również: „Poczta Polska” lub „Poczta”} z siedzibą w Warszawie, Basmę Security sp. z o.o. {dalej również: „Basma Security” lub „Basma”} z siedzibą w Warszawie i Cerbera Ochronę sp. z o.o. {dalej również: „Cerber Ochrona” lub „Cerber”} z siedzibą w Liwie {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum PBC”}, a w konsekwencji wadliwe zaproszenie Konsorcjum PBC do złożenia oferty.
2. Art. 18 ust. 1-3 – przez zaniechanie odtajnienia oświadczenia Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum Solid”} co do wykazu osób.
3. Art. 128 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b i c – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Solid do uzupełnienia dokumentów pod rygorem odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wadliwe zaproszenie

Konsorcjum Solid do złożenia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zaproszeń do składania ofert Konsorcjum PBC i Konsorcjum Solid.
2. Odrzucenia wniosku Konsorcjum PBC.
3. Odtajnienia dokumentów i wezwania do uzupełnienia wniosku Konsorcjum Solid.
4. Powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponadto z uzasadnienia odwołania wynikają dodatkowo następujące okoliczności faktyczne i prawne jako doprecyzowanie powyższych zarzutów.

{ad pkt 1. – pkt I. uzasadnienia odwołania, czyli zarzut pierwszy }

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający w rozdziale V pkt 2 ppkt 2.4 SWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu: (...) *W okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, minimum 3 (trzy) usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługi serwisowej stanowiącej przedmiot zamówienia, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wartość każdej (pojedynczej) usługi winna być nie mniejsza niż: 3 000 000,00 zł (brutto). (...)*

Konsorcjum PBC dla wykazania spełniania powyższego warunku powołało się na usługi wykonywane przez Basmę lub Cerbera, z kolei wyłącznie pracownicy Poczty zostali wskazani w wykazie osób, a jednocześnie w ramach oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy pzp, opisało, że usługi ochrony osób i mienia będzie wykonywać konsorcjant Basma oraz konsorcjant Poczta Polska.

{okoliczności prawne}

Zgodnie art. 117 ust. 4 ustawy pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia składają oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni

wykonawcy. Jednocześnie art. 117 ust. 3 ustawy pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Urząd Zamówień Publicznych prezentuje następujący pogląd odnośnie zależności pomiędzy powyższymi przepisami. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnątrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia [tak w opinii pt. „Oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jako podmiotowy środek dowodowy” udostępnionej na stronie internetowej Urzędu]. *Przepis art. 117 ust. 3 Pzp oznacza, że zdolności w zakresie doświadczenia, kwalifikacji i wykształcenia poszczególnych współwykonawców, którzy składają wspólną ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi współwykonawcami. Każdy z nich powinien wykonać szczególne zadania odpowiadające pod względem przedmiotu i charakteru tych zadań jego własnym zdolnościom zawodowym. Wskazać również należy, iż współwykonawcy mogą uzupełniać swoje doświadczenie z różnych dziedzin, jeżeli zamawiający określił warunki z takich odmiennych dziedzin* [„Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 449- 450]. wskazano:

Powyższe oznacza, że dany warunek udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego winien być spełniony przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia, wymagający posiadania tych zdolności. Stąd złożone oświadczenie o podziale zadań powinno opisywać w sposób niebudzący wątpliwości sposób, które usługi będące przedmiotem zamówienia zrealizuje dany uczestnik konsorcjum. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest bowiem na podstawie złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, a nie na podstawie stwierdzenia przez zamawiającego, że udzielone w przeszłości zamówienia zostały należycie wykonane. Zamawiający weryfikuje spełnianie określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, którzy mają realizować zamówienie, a także ocenia, czy są oni w ogóle w stanie zrealizować przedmiot zamówienia.

Jeśli zatem informacje zawarte we wspomnianym oświadczeniu stoją w sprzeczności z wykazywanym przez poszczególnych wykonawców potencjałem, powinno to wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do realności przedstawianych zasobów i zdolności takich wykonawców do prawidłowego wykonania zamówienia. W ślad za tym zamawiający winien wyjaśnić te sprzeczności, aby uchronić się przed wyborem do świadczenia usługi wykonawcy faktycznie niezdolnego do realizacji usługi.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, że wadliwie ocenił wniosek Konsorcjum, którego oświadczenie co wykonywaniu usług ochrony przez Basmę jest nieprawdziwe i wprowadza Zamawiającego w błąd przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z wykazem osób, jednym faktycznym wykonawcą będzie bowiem Poczta która nie posiada żadnego doświadczenia w realizowaniu usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego.

{ad pkt 2. – pkt II.2. uzasadnienia odwołania, czyli zarzut drugi}

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie warunku określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 8 SWZ: *Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, WYKONAWCA oprócz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowania tj.: (...) 8. wykazu osób, skierowanych przez WYKONAWCĘ do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z załącznikiem nr 10 do SWZ.*

Konsorcjum zastrzegło wykaz usług jako tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadniając to bardzo ogólnie tym, że dane osobowe pracowników ochrony fizycznej nie są ogólnie dostępne i nie zamieszcza się ich w powszechnych rejestrach.

{okoliczności prawne}

Jawność w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględnić w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu

o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy pzp zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00 (OSNC 200) r. nr 4, poz. 59).

Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 18 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych (por. aktualne tezy z uzasadnienia wyroków z: 1 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 745/08; 30 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 595/08). Ponadto zgodnie z utrwalonym stanowiskiem, zarówno orzecznictwa, jak i doktryny, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątku od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, że zastrzeżenie poufności wykazu osób przez Konsorcjum Solid jest bezprawne, gdyż w przedstawionym uzasadnieniu nie zostały wykazane, że ów wykaz stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

{ad pkt 2. – pkt II.1. uzasadnienia odwołania, czyli zarzut trzeci}

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie warunku z rozdziału V pkt 2 ppkt 2.4 SWZ [patrz powyżej].

Zamawiający wymagał zatem doświadczenia w wykonaniu trzech usług, które odpowiadają przedmiotowi zamówienia, każda o wartości co najmniej 3 mln zł brutto, których należyte wykonanie zostało potwierdzone.

Konsorcjum przedstawiło w wykazie trzy takie usługi, ale w odniesieniu do jednej z

nich, realizowanego na rzecz Grupy Azoty Zakładów Chemicznych Police S.A, nie przedstawiono prawidłowego dowodu potwierdzającego należyte jej wykonanie. Treść załączonego dokumentu pn. „Potwierdzenie” z 3.11.2022 r., podpisanego przez pana D. L. jako kierownika Działu Ochrony, ma wyłącznie walor czysto informacyjny i potwierdza jedynie, że usługa była świadczona w okresie od 1.10.2019 r. do 30.09.2022r. Natomiast z treści oświadczenia nie wynika żadna deklaracja co do pozytywnej oceny ze strony zamawiającego tej współpracy, gdyż brak jest w tym zakresie jakichkolwiek określeń, dotyczących należytego wykonania usługi czy opisujących jakość świadczonych czynności

{okoliczności prawne}

[Przyjęto, że chodzi o część wyводу poczynionego na potrzeby zarzutu nr 1 co do konieczności oceny przez zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych.]

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc że choć Konsorcjum Solid nie potwierdziło spełniania warunku udziału w zakresie niezbędnego doświadczenia, a Zamawiający zaniechał wezwania go w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia wniosku o prawidłowy list referencyjny.

{ad pkt 3. – pkt II.2. uzasadnienia odwołania, czyli zarzut czwarty}

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie wymagania określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 9 SWZ: *Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, WYKONAWCA oprócz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowania tj.: (...) 9. wykaz wyposażenia oraz urządzeń technicznych dostępnych WYKONAWCY w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ.*

Jednocześnie w treści załącznika nr 8 – „Wykaz wyposażenia przeznaczonego przez Wykonawcę do realizacji umowy” w kolumnie „RODZAJ” Zamawiający wymagał, aby wpisać faktyczne nazwy urządzenia i wyposażenia przewidziane do realizacji zadania.

Konsorcjum przedstawiło ten wykaz niewypełniony w kolumnie „RODZAJ”, co powoduje, że nie sposób stwierdzić, jaki konkretnie sprzęt zaproponowało oraz czy spełnia on wymagania Zamawiającego i umożliwi prawidłową realizację zamówienia.

{okoliczności prawne}

[Przyjęto, że chodzi o część wyводу poczynionego na potrzeby zarzutu nr 1 co do konieczności oceny przez zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu

na podstawie złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych.]

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, że pomimo niewypełnienia wykazu wyposażenia w wymagany sposób, zaniechał wezwania Konsorcjum Solid w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia w tym zakresie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

Ponieważ pracownicy ochrony Poczty mają kwalifikacje i doświadczenie wymagane dla SUFO, więc są właściwymi osobami do wykonywania fizycznej ochrony w ramach tego zamówienia. Konsorcjum PBC zostało zawiązane dla określonego celu gospodarczego, realizacji tego zamówienia, więc dokonało odpowiedniego podziału obowiązków przy wykonywaniu tego zamówienia.

Zarzut niewykazania spełnienia warunku doświadczenia jest niezasadny, gdyż Konsorcjum Solid przedstawiało odpowiednie dokumenty dla wykazania jego spełnienia. Uznaje za zasadne również w tej sprawie stanowisko jakie wyraziła Izba w sprawie o sygn. KIO 2203/21, że sam fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego świadczy o satysfakcji z wykonania zamówienia, gdyż w przeciwnym razie w ogóle ten dokument w ogóle by nie został sporządzony.

Niezasadny jest również zarzut nieodtajnienia wykazu osób, gdyż Konsorcjum Solid objęło go tajemnicą przedsiębiorstwa w określonym celu gospodarczym związanym z uczestnictwem w tym przetargu. Uznaje za trafne stanowisko Izby wyrażone w sprawie o sygn. KIO/UZP 667/10, że takie dane jak imiona i nazwiska osób, ich kwalifikacje i doświadczenie oraz stosunek, w jakim pozostają do wykazującego je, są danymi, które umożliwiają dotarcie do tych osób, a w konsekwencji ich podkupienie, z którym to zjawiskiem Zamawiający w swojej praktyce się spotkał.

Wreszcie zarzut niewystarczającego sprecyzowania rodzaju sprzętu jest o tyle niezasadny, o ile z obowiązujących przepisów ustawy o broni i amunicji wynika, że rodzajem broni jest w szczególności broń długolufowa i krótkolufowa, a Zamawiający nie wymagał niczego więcej, w szczególności nawet przykładowego podania nazw broni danego rodzaju.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Legitymacja Odwołującego, który złożył wniosek i jednocześnie skarży ocenę wniosków konkurentów, co zwiększa jego szansę na uzyskanie tego zamówienia, nie budzi żadnych wątpliwości.

{rozpoznanie pierwszego zarzutu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Odnosnie konstrukcji zarzutu oraz jego korelacji z żądaniem, Izba stwierdziła, że skromny zakres okoliczności faktycznych pozostaje w dysproporcji do obszernej argumentacji prawnej, co powoduje, że wywiedzione w ramach subsumpcji wnioski nie są uprawnione.

Z odwołania nie wynika bowiem, jakie to konkretnie zdolności podlegały weryfikacji w ramach tak ogólnie i częściowo niezrozumiale sformułowanego warunku, którego brzmienie zostało zacytowane bez jakiegokolwiek komentarza. Określenie usług referencyjnych jako „odpowiadających swoim rodzajem usłudze serwisowej stanowiącej przedmiot zamówienia” jest nie tylko bardzo ogólne, ale częściowo nawet niezrozumiałe, zwłaszcza że odwołanie nie zawiera żadnej analizy, co miałyby znaczyć w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, który nie został w odwołaniu przedstawiony choćby w sposób syntetyczny.

Niezależnie od tego w odwołaniu w niepełnym zakresie przedstawiono treść złożonego przez Konsorcjum PBC oświadczenia co podziału czynności, które będą wykonywali poszczególni konsorcjanci. Zarówno Poczta, jak i Basma mają wykonywać ochronę fizyczną osób i mienia, a Poczta dodatkowo wraz z Cerberem nadzór nad realizacją umowy oraz obsługę administracyjną i kadrową.

Jednocześnie wskazanie faktu wyszczególnienia w wykazie osób wyłącznie pracowników Poczty, abstrahuje od tego, czy ów „Wykaz pracowników ochrony skierowanych do realizacji zadań ochronnych” potwierdza, że każda z tych osób jest legitymowanym pracownikiem ochrony fizycznej dopuszczonym do posiadania broni

wpisany na odpowiednią listę, co jest konieczne dla przedstawienia całościowego obrazu sytuacji w kontekście stawianego zarzutu.

Wreszcie, pomimo domagania się na wstępie odwołania odrzucenia Konsorcjum PBC za niespełnianie lub niewykazanie spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy, w uzasadnieniu odwołania wysnuto wnioski, że Zamawiając powinien powziąć, a w konsekwencji wyjaśnić wątpliwości co do deklarowanego przez Konsorcjum sposobu wykonania zamówienia w kontekście sposobu wykazania spełniania wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. W oczywisty sposób podważa to wiarygodność zgłoszonego na wstępie dalej idącego żądania.

Niezależnie od powyższego odwołanie nie zawiera ani okoliczności dotyczących tego, czy Konsorcjum było wzywane do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy, ani zarzutu naruszenia w tym zakresie przepisu ustawy pzp, co również czyni zgłoszone na wstępie odwołania żądanie nieuzasadnionym.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest niezasadny.

Z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp wynika, że Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę m.in. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia [w lit. a] albo takiego wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Z kolei według art. 146 ust. 3 ustawy pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przy czym w takim przypadku, jak stanowi z kolei art. 146 ust 4 ustawy pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

O ile obszerne wywody prawne zawarte w odwołaniu adekwatnie prezentują interpretację odnośnych przepisów w doktrynie i orzecznictwie, o tyle pozostają one w oderwaniu od fragmentarycznie zaprezentowanych okoliczności faktycznych, co powoduje, że przy tak wyznaczonych granicach zarzutu nie ma podstaw, aby uznać go za zasadny.

Zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r.; dalej: „popzp”) Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte

w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Z kolei, jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14, zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący zaniechał bowiem wyczerpującego przedstawienia zarówno rzeczywistego stanu rzeczy w odniesieniu do kwestii spełniania przez Przystępującego warunku udziału w tym postępowaniu w kontekście deklarowanego podziału czynności objętych przedmiotem zamówienia, a tym samym pozbawił się możliwości skutecznego zakwestionowania dokonanej przez Zamawiającego oceny wniosku Przystępującego.

Reasumując, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych na wstępie odwołania okazały się być bez pokrycia w kontekście podniesionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych.

{rozpoznanie drugiego zarzutu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób załączonego do wniosku Konsorcjum Solid wraz z tym wykazem:

Oświadczamy niniejszym, iż wykaz osób które zostaną skierowane do realizacji zamówienia objęty został tajemnicą przedsiębiorstwa.

Znajdujące się w jego treści dane osobowe pracowników ochrony fizycznej uzasadniają w sposób oczywisty konieczność ich zastrzeżenia.

Wskazujemy ponadto, iż dane, o których mowa powyżej nie są ogólnie dostępne i nie zamieszcza się ich w powszechnych rejestrach.

Ujawnienie przedmiotowych danych w niniejszym postępowaniu mogłoby narazić zarówno Konsorcjum, jak i wskazane w wykazie osoby na niebezpieczeństwo i związane z tym straty.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów.

Mając na uwadze powyższe, dokonane przez Konsorcjum zastrzeżenie jest całkowicie uzasadnione i nie powinno być w żadnej mierze kwestionowane.

Reasumując, oczywiste jest, że powyższe uzasadnienie nie określa wartości gospodarczej danych osobowych pracowników ochrony fizycznej dla Konsorcjum Solid, które błędnie założyło, że jest ona oczywista, a ponadto równie błędnie zdaje się utożsamiać ją z reżimem ochrony danych osobowych. W konsekwencji nie sposób stwierdzić, czy i na jakie straty miałyby narazić Konsorcjum Solid ujawnienie i udostępnienie tych danych innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu.

Konsorcjum Solid nie wskazało również żadnych działań w celu utrzymania tych danych w poufności, nie mówiąc o udowodnieniu, że faktycznie zostały one podjęte. W szczególności, czy każdy pracownik został poinformowany tym, że fakt jego zatrudnienia został uznany przez pracodawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz zobowiązany do jej przestrzegania.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp”} analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądono, że to po stronie wykonawcy leży dołożenie należytej

staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wspomnieć wypada, że już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata przepis art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich

lub rozporządzenia nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przede wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, należało zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący, nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji dotyczących spełnienia warunku udziału dotyczącego dysponowania wymaganym personelem jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego była w tym zakresie powierzchowna.

Jak przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

{rozpoznanie trzeciego zarzutu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy, który sprowadza się do faktu braku w treści dokumentu załączonego dla jednej z trzech usług objętych wykazem jakiegokolwiek informacji wprost lub choćby pośrednio pozwalającej uznać go za potwierdzenie należytego wykonania tej usługi. Treść

tego dokumentu sprowadza się bowiem do potwierdzenia faktu świadczenia w okresie podanym w wykazie usługi ochrony i mienia o określonym zakresie rzeczowym. Przy czym nazwa, jaką opatrzony został ten dokument, czyli „Potwierdzenie” nie niesie ze sobą żadnego znaczenia w kontekście pozytywnej oceny wykonania usługi, tak jak to jest w przypadku użycia nazwy „Referencje”, która ma w tym kontekście pozytywny wydźwięk.

W rezultacie Zamawiający przedwcześnie uznał, że Konsorcjum Solid ma wymagane doświadczenie w trzykrotnym wykonaniu usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze objętej przedmiotem tego zamówienia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny.

Z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika w szczególności, że jeżeli wykonawca złożył niekompletne podmiotowe środki dowodowe, zamawiający ma obowiązek wezwać takiego wykonawcę do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu bez względu na takie uzupełnienie, 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ustalonych powyżej okolicznościach zgłoszone w odwołaniu w związku z zarzutem żądanie, w oczywisty sposób nawiązujące do powyższego przepisu, okazało się być zasadne.

{rozpoznanie czwartego zarzutu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy, o tyle jednocześnie pominięte zostały inne istotne okoliczności. I tak rzeczywiście uwaga zamieszczona pod tabelą wzoru „Wykazu wyposażenia przeznaczonego przez wykonawcę do realizacji umowy” z załącznika nr 8 do SWZ nakazywała wpisanie w kolumnie „Rodzaj” faktycznych nazw urządzeń i wyposażenia przewidzianych do realizacji zamówienia. Jednak już zamieszczony pod nią przykład ogranicza się do broni palnej i nie identyfikuje konkretnej broni, a co najmniej nie zostało to wykazane przez Odwołującego, którego obciążał ciężar udowodnienia swoich twierdzeń.

Przede wszystkim brak wypełnienia tej kolumny w wykazie złożonym przez Konsorcjum Solid nie powoduje niemożności zweryfikowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego wykazaniu służył ten wykaz. W odwołaniu przemilczano bowiem treść odnośnego warunku, który opisuje wymagane wyposażenie nazwami rodzajowymi

odpowiadającymi tym użytym w kolumnie „Nazwa” wzoru wykazu, którym dysponowanie wynika z tak złożonego przez Konsorcjum Solid wykazu.

W rezultacie Zamawiający prawidłowo uznał, że Konsorcjum Solid dysponuje wymaganym zakresem wyposażenia przeznaczonego do realizacji tego zamówienia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest niezasadny.

Z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika w szczególności, że jeżeli wykonawca złożył niekompletne podmiotowe środki dowodowe, zamawiający ma obowiązek wezwać takiego wykonawcę do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu bez względu na takie uzupełnienie, 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Kluczowe znaczenie w tej sprawie ma zatem przepis art. 16 pkt 3 ustawy pzp, z którego wynika, że zamawiający ma obowiązek nie tylko przygotowania, ale i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Z orzecnictwa unijnego oraz krajowego należy wywieść, że zasada proporcjonalności jest dyrektywą, zgodnie z którą zamawiający powinien podejmować w postępowaniu działania adekwatne do osiągnięcia założonego celu, a zastosowane przez niego środki powinny być najbardziej odpowiednie, tj. nieograniczające w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawców do postępowania. Przy czym wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania. Jest to jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań Prawa zamówień publicznych (w tym art. 128 ust. 1 ustawy pzp) zasad udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej.

W ustalonych powyżej okolicznościach zgłoszone w odwołaniu w związku z zarzutem żądanie, w oczywisty sposób nawiązujące do przepisu art. 128 ust. 1 ustawy pzp, należy uznać za oczywiście nieproporcjonalne w sytuacji, gdy zaniechanie wypełnienia jednej z rubryk nie ma znaczenia dla możliwości oceny, czy został spełniony odnośny warunek udziału w postępowaniu. Tym samym egzekwowanie enigmatycznego i bezprzedmiotowego wymagania stanowiłoby wyłącznie przejaw skrajnego formalizmu, czemu sprzeciwia się zasada proporcjonalności.

{podsumowanie rozstrzygnięcia}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji oraz art. 128 ust. 1 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia.

Stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Jednocześnie naruszenie przepisów objętych pozostałymi zarzutami nie potwierdziło się, stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego, na które złożyły się: uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie, o których mowa w § 5, odpowiednio w pkt 1 i 2 lit. a i b, 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. poz. 2437), orzeczono stosownie do wyniku tej sprawy w pkt 3. sentencji na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 *in principio* – obciążając każdą ze stron połową wpisu i połową pozostałych wykazanych kosztów (z ograniczeniem do kwoty 3600 zł wysokości branego pod uwagę wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego).