

WYROK

z dnia 28 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCHRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Tomasz Anioł prowadzący działalność

gospodarczą pod nazwą Ekspert Security Tomasz Anioł w Jabłonnej zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DGP PROVIDER Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz DERSŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Zawadzie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do złożenia ofert skierowanego w części 1 i 2 zamówienia do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Tomasz Anioł prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ekspert Security Tomasz Anioł

w Jabłonnej oraz wyniku oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez ww. Wykonawców w tych częściach oraz nakazuje Zamawiającemu odrzucenie wniosku ww. Wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ww. częściach na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 060 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 387/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Skarb Państwa – 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 22 WOG w Olsztynie (znak postępowania: 22WOG-ZP.2712.27.2022/A/192/1101/U/PO/OIB).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2022 r. pod numerem nr 2022/S 210 – 605547.

W dniu 13 lutego 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący” lub „Konsorcjum STEKOP”] wnieśli odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów złożonych przez Konsorcjum Ekspert: „uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” – załącznik nr 4 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., „kopii (wyciągu) zanonimizowanej umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security sp. z o.o. a Ekspert Security Duo sp. z o.o. w dniu 31.08.2020 r.” – załącznik nr 5 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., „kopii (wyciągu) zanonimizowanej Umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. a Ekspert Security MW sp. z o.o. w dniu 09.11.2021 r.” – załącznik nr 6 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., „wyjaśnienia w zakresie wykonanych usług” – załącznik nr 7 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., oraz odmowę udostępniania Odwołującemu tych dokumentów, w sytuacji gdy treści wskazanych dokumentów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nadto zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści całych dokumentów nie jest zasadne;
2. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Konsorcjum Ekspert w konsekwencji

błędno uznania Konsorcjum Ekspert za spełniającego warunki udziału na podstawie przedłożonego przez tego wykonawcę wykazu usług oraz referencji, mimo, że usługi te były wykonywane przez podmioty nieuczestniczące w Konsorcjum Ekspert;

3. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku złożonego przez Konsorcjum Ekspert w konsekwencji błędno uznania Konsorcjum Ekspert za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy – pomimo wezwania Zamawiającego – Konsorcjum Ekspert wskazało w wykazie usług całkowitą wartość zrealizowanych usług (umów), a nie wartość usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Członek Konsorcjum Ekspert – Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenia do składania ofert w zakresie części 1 i 2 postępowania i ponownej oceny wniosku Konsorcjum Ekspert;
2. nakazanie odtajnienia i udostępniania Odwołującemu następujących załączników do protokołu postępowania dokumentach przedłożonych przez Konsorcjum Ekspert: „uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” - załącznik nr 4 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., „kopii (wyciągu) zanonimizowanej umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security sp. z o.o. a Ekspert Security Duo sp. z o.o. w dniu 31.08.2020 r.” - załącznik nr 5 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., „kopii (wyciągu) zanonimizowanej Umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. a Ekspert Security MW sp. z o.o. w dniu 09.11.2021 r.” - załącznik nr 6 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r., „wyjaśnienia w zakresie wykonanych usług” - załącznik nr 7 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r.;
3. nakazanie odrzucenia wniosku Konsorcjum Ekspert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne dotyczące art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, powołał się na orzecznictwo Izby w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż utajnienie całości dokumentów załączonych do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r. –

załącznik nr 4, 5, 6 i 7 wraz z uzasadnieniem dokonania takiego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwia ich merytoryczną analizę oraz ocenę w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Utajniona bowiem została cała treść wyjaśnień, w tym uzasadnienie ich utajnienia, a dotycząca kwestii tak istotnej jak możliwość legitymowania się przez Konsorcjum Ekspert wykonaniem usług (i referencjami) świadczonymi przez (wystawionymi dla) inne podmioty - Ekspert Security sp. z o.o. i Ekspert Security AT sp. z o.o. Istotnym jest, że zastrzeganie informacji zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniach nie może być sposobem na pozbawienie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych wnioskach, ale jako wyjątek od zasady jawności, musi zmierzać do zapewnienia uzasadnionej okolicznościami wskazanymi w art. 11 uznk, ochrony wykonawcy.

Odwołujący powołał się na wyrok TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. i wskazał, że wynika z niego, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje zawarte w dokumentach, a nie całe dokumenty. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów jest nieskuteczne. Ciężar badania czy informacje zastrzeżone tajemnicę przedsiębiorstwa faktycznie posiadają cechy poufne spoczywa na Zamawiającym. Obowiązkiem Zamawiającego było wymaganie od Konsorcjum Ekspert wykazania, że informacje których ujawnieniu się sprzeciwia mają rzeczywiście poufny charakter, w celu uzasadnienia własnej decyzji o nieujawnianiu informacji dotyczących Konsorcjum Ekspert.

Istotnym jest, jakie „dokumenty” zastrzegło Konsorcjum Ekspert jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie uzasadnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, kopię (wyciąg) zanonimizowanej umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security sp. z o.o. a Ekspert Security Duo sp. z o.o. w dniu 31 sierpnia 2020 r., kopię (wyciąg) zanonimizowanej Umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. a Ekspert Security MW sp. z o.o. w dniu 9 listopada 2021 r., wyjaśnienia w zakresie wykonanych usług wskazanych w wykazie usług i rzekomo potwierdzonych referencjami.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów.

Co do przedłożonych przez Konsorcjum Ekspert umów sprzedaży, to jak wynika z treści pisma tego wykonawcy, zostały poddane już procesowi anonimizacji i udostępnione w formie wyciągu. Konsorcjum Ekspert dokonało więc operacji polegających na usunięciu informacji, których udostępnienie mogło nieść dla tego Wykonawcy niekorzystne skutki. Stąd

nieudostępnienie tych informacji jawi się jako nadużycie odstępstwa od zasady jawności przyjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiotowe umowy jak i wyjaśnienia Konsorcjum Ekspert dotyczą wskazanych w wykazie zrealizowanych usług oraz referencji wystawionych na inne podmioty niż Konsorcjanci w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że powyższe ma kluczowe znaczenie dla weryfikacji przez innych oferentów, czy Konsorcjum Ekspert spełnia warunki udziału w postępowaniu, tym bardziej z uwagi na okoliczności opisane w pkt II odwołania.

Należy mieć także, że doświadczenie którym legitymuje się Konsorcjum Ekspert miało zostać nabyte w ramach realizacji usług na rzecz zamawiających publicznych, a które to informacje stanowią informację publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Fakt realizacji umów na rzecz zamawiających publicznych oraz okoliczności związane z realizacją takich umów nie stanowią więc tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał na treść wezwania z dnia 25 stycznia 2023 r. skierowanego do Konsorcjum Ekspert oraz nowego wykazu wykonanych usług w zakresie części 1 i 2.

Odwołujący uzasadniał, że z przedmiotowego wykazu wynika wprost, że doświadczenie w zakresie realizacji usług wskazanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, dotyczy jednego z członków Konsorcjum Ekspert, a mianowicie Ekspert Security Duo sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Ekspert posługuje się doświadczeniem nabytym przy realizacji umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania przez 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (realizowanych w 7 częściach) na rzecz: 1) Jednostki Wojskowej nr 1230 Warszawa Wesola, 2) Jednostki Wojskowej nr 4539 Białobrzegi, 3) WKU Płock, 4) WKU Ostrołęka, 5) WKU Wyszów, 6) WKU Ciechanów, 7) Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej (WOFiTM) w Celestynowie, - znak postępowania nadany przez zamawiającego: ZP/6/2019 r.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 9 stycznia 2019 r. i zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 stycznia 2019 r., znak sprawy ZP/6/1019, 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu, w zakresie:

- 1) Części 1 – usługi na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1230 Warszawa Wesola,
 - 2) Części 2 – usługi na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4539 Białobrzegi,
 - 3) Części 7 – usługi na rzecz Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej (WOFiTM) w Celestynowie,
- została wybrana oferta złożona przez Konsorcjum firm w składzie: Ekspert Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110 (KRS: 0000479761) oraz Kasta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jabłonnej przy ul. Leśnej 17 C lok. 24 (KRS:

0000732816).

Z powyższego wynika, że usługi których dotyczą referencje złożone przez Konsorcjum Ekspert w niniejszym postępowaniu w zakresie części 1 (referencje z dnia 8 grudnia 2021 r. dotyczące usługi na rzecz Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie oraz referencje dotyczące usługi na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 5644 Białobrzegi) oraz w zakresie części 2 (referencje z dnia 8 grudnia 2021 r. Jednostki Wojskowej Nr 1230 Warszawa Wesola) były realizowane przez Konsorcjum w składzie: Ekspert Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Kasta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jabłonnej.

Umowa nr 30/SOO/2019 na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej (WOFiTM) z dnia 25 stycznia 2019 r. (której dotyczą referencje z dnia 8 grudnia 2021 r. złożone na dowód potwierdzenia warunków w części 1 postępowania), została zawarta pomiędzy 26 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym, a Konsorcjum w składzie: 1) Ekspert Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRS:0000479761, 2) Kasta spółka z o.o. z siedzibą w Jabłonnej, KRS: 0000732816. Umowa została zawarta na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ZP/6/2019. Zgodnie z § 15 Umowy „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy siłami własnymi bez udziału podwykonawców”.

Odwolujący wskazał, że umowa ulegała dwukrotnie zmianom. Nie wprowadzono jednak zmiany ze względu na zawarcie pomiędzy Ekspert Security spółka z o.o. a Ekspert Security Duo Sp. z o.o. w dniu 31 sierpnia 2020 r. umowy sprzedaży (której treść zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorca), a która to zmiana własnościowa przedsiębiorstwa powinna być zgłoszona Zamawiającemu, ze względu na konieczność zbadania możliwości zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwolujący przedstawił zestawienie zmian przedmiotowej umowy oraz strony biorące udział w jej wykonaniu, z uwzględnieniem umów przedłożonych przez Konsorcjum Ekspert, a mających uzasadniać przedłożenie referencji wystawionych na inne podmioty niż członkowie Konsorcjum Ekspert.

Umowa nr 34/SOO/2019 na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4539 Białobrzegi z dnia 25 stycznia 2019 r. (której dotyczą referencje z dnia 8 grudnia 2021 r. złożone na dowód potwierdzenia spełniania warunków w części 1 postępowania), została zawarta pomiędzy 26 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym, a Konsorcjum

w składzie: 1) Ekspert Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRS:0000479761, 2) Kasta spółka z o.o. z siedzibą w Jabłonnej, KRS: 0000732816. Umowa została zawarta na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ZP/6/2019. Zgodnie z § 15 Umowy „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy siłami własnymi bez udziału podwykonawców”.

Odwolujący przedstawił zestawienie zmian przedmiotowej umowy oraz strony biorące udział w jej wykonaniu, z uwzględnieniem umów przedłożonych przez Konsorcjum Ekspert, a mających uzasadniać przedłożenie referencji wystawionych na inne podmioty niż członkowie Konsorcjum Ekspert.

Umowa nr 34/SOO/2019 ulegała czterokrotnie zmianom. Nie wprowadzono jednak zmiany ze względu na zawarcie pomiędzy Ekspert Security spółka z o.o. a Ekspert Security Duo Sp. z o.o. w dniu 31 sierpnia 2020 r. umowy sprzedaży (której treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorca), a która to zmiana własnościowa przedsiębiorstwa powinna być zgłoszona Zamawiającemu, ze względu na konieczność zbadania możliwości zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Umowa nr 36/SOO/2019 na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej 1230 Warszawa Wesola z dnia 25 stycznia 2019 r. (której dotyczą referencje z dnia 8 grudnia 2021 r. złożone na dowód potwierdzenia warunków w części 2 postępowania), została zawarta pomiędzy 26 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym, a Konsorcjum w składzie: 1) Ekspert Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRS:0000479761, 2) Kasta spółka z o.o. z siedzibą w Jabłonnej, KRS: 0000732816. Umowa została zawarta na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ZP/6/2019. Zgodnie z § 15 Umowy „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy siłami własnymi bez udziału podwykonawców”.

Odwolujący przedstawił zestawienie zmian przedmiotowej umowy oraz strony biorące udział w jej wykonaniu, z uwzględnieniem umów przedłożonych przez Konsorcjum Ekspert, a mających uzasadniać przedłożenie referencji wystawionych na inne podmioty niż członkowie Konsorcjum Ekspert.

Umowa nr 36/SOO/2019 ulegała dwukrotnie zmianom. Nie wprowadzono jednak zmiany ze względu na zawarcie pomiędzy Ekspert Security spółka z o.o. a Ekspert Security Duo sp. z o.o. w dniu 31 sierpnia 2020 r. umowy sprzedaży (której treść zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorca), a która to zmiana własnościowa przedsiębiorstwa powinna być zgłoszona Zamawiającemu, ze względu na konieczność zbadania możliwości zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał, że z pozyskanych bezpośrednio od 26 WOG-u dokumentów (w trybie dostępu do informacji publicznej, a załączonym do przedmiotowego odwołania),

wynika, że w trakcie realizacji wyżej wymienionych umów nie nastąpiła zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy realizującego przedmiotowe usługi. Odwołujący – z uwagi na niedostępność dokumentów zastrzeżonych jako

tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Ekspert – nie ma wiedzy, co było przedmiotem w/w umów sprzedaży pomiędzy Spółki Ekspert. Odwołujący może jedynie domyslać się, że skoro są to umowy przedłożone w celu wykazania możliwości posługiwania się doświadczeniem innego podmiotu, przedmiotem tych umów miało być przedsiębiorstwo lub część składników przedsiębiorstwa. Chociaż Odwołujący nie ma dostępu do treści umowy sprzedaży z dnia 31 sierpnia 2020 r. zawartej pomiędzy Ekspert Security sp. z o.o., a Ekspert Security Duo sp. z o.o. oraz umowy sprzedaży z dnia 9 listopada 2021 r. zawartej pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. oraz Ekspert Security MW sp. z o.o., to nie można uznać, że na podstawie tych umów doszło do zbycia przedsiębiorstwa, które umożliwiałoby powoływanie się na referencje wystawione na Ekspert Security sp. z o.o. oraz Ekspert Security AT sp. z o.o.

Odwołujący powołał się na postanowienie SN z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt: III CZP 87/08, art. 55¹ i art. 55² KC oraz opinię UZP.

Wskazał, że zbycie całości przedsiębiorstwa Ekspert Security sp. z o.o. oraz Ekspert Security AT sp. z o.o., uprawniające do posługiwania się referencjami wystawionymi na te podmioty, jest jednak wysoce wątpliwe i powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co wynika z poniższego.

Referencje dotyczące świadczenia usług na rzecz Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, Jednostki Wojskowej Nr 5644 Białobrzegi, Jednostki Wojskowej Nr 1230 Warszawa Wesola, zostały wystawione na rzecz Konsorcjum w składzie: Ekspert Security AT sp. z o.o. oraz Ekspert Security Duo sp. z o.o., w sytuacji gdy podmiotem który złożył ofertę i realizował przedmiotowe zamówienia było Konsorcjum w składzie: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Kasta sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnej (później Ekspert Security AT sp. z o.o.). Z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego pod nr KRS: 0000479761, dla Spółki Ekspert Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie wynika, że od 1 października 2020 r. Spółka ta była postawiona w stan likwidacji, a dniu 25 marca 2021 r. dokonano jej wykreślenia z rejestru. Wykreślenie z rejestru uprawomocniło się w dniu 7 kwietnia 2021 r. Uchwała o likwidacji Spółki została podjęta w dniu 31 sierpnia 2020 r., a więc w dniu zawarcia umowy sprzedaży, na którą powołuje się Konsorcjum Ekspert. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku sprzedaży przedsiębiorstwa wzmianka na ten temat znalazłaby się w dokumentach likwidacyjnych Spółki - brak jest jakiegokolwiek informacji na ten temat.

Umowa sprzedaży, na którą powołuje się Konsorcjum Ekspert zawarta pomiędzy Ekspert Security spółka z o.o. a Ekspert Security Duo sp. z o.o. miała zostać zawarta w dniu

31 sierpnia 2020 r., przy czym usługi wskazane w wykazie były świadczone aż do 30 listopada 2021 r.

Odwołujący powołał się na art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i uzasadniał, że zmiana wykonawcy wymaga więc od zamawiającego zbadania m.in. spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nieistnienia podstawy wykluczenia. Zmiana wykonawcy powoduje więc konieczność podjęcia określonych czynności oraz zawarcia stosownego aneksu do umowy. 26 WOG nie zawarł aneksu do umów, na których należyte wykonanie powołuje się Lider Konsorcjum Ekspert – Spółka Ekspert Security Duo sp. z o.o.

Natomiast z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego pod nr KRS: 0000732816, dla Kasta sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnej wynika, że od 8 czerwca 2020 r. zmieniła się firma Spółki i od tego dnia Spółka działała pod firmą Ekspert Security AT sp. z o.o. Z dniem 11 maja 2022 r. Spółka ta przeszła w stan likwidacji. W dniu 1 września 2022 r. wykreślono Spółkę z rejestru. Wykreślenie z rejestru uprawomocniło się w dniu 9 września 2022 r. Umowa sprzedaży zawarta pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. a Ekspert Security MW sp. z o.o. zawarta w dniu 9 listopada 2021 r. nie została ujawniona w sprawozdaniach z działalności spółki. W Sprawozdaniu Zarządu z działalności Spółki Ekspert Security AT sp. z o.o. w okresie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. znajduje się twierdzenie: „Spółka podejmowała szereg czynności związanych z bieżącym prowadzeniem działalności a także pozyskaniem nowych klientów celem zwiększenia sprzedaży”.

Zmiana wykonawcy, jak już podkreślono powyżej, wymaga więc od zamawiającego zbadania m.in. spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nieistnienia podstawy wykluczenia. Zmiana wykonawcy powoduje więc konieczność podjęcia określonych czynności oraz zawarcia stosownego aneksu do umowy. 26 WOG nie zawarł aneksu do umów po rzekomym zawarciu umowy sprzedaży pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. a Ekspert Security MW sp. z o.o.

Zamawiający dopuścił Konsorcjum Ekspert do udziału w postępowaniu i zaprosił do składania oferty mimo, że wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykaz i referencje nie potwierdzają zatem, że Wykonawca ten posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Ponadto Konsorcjum Ekspert nie wykazało, że ma prawo do posługiwania się doświadczeniem zdobytym przez inny podmiot.

Odnosnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał na § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz treść wezwania z dnia 25 stycznia 2023 r. skierowanego do Konsorcjum Ekspert i uzasadniał, że Konsorcjum Ekspert powinno powołując się na doświadczenie nabyte przez jednego z Członków Konsorcjum w ramach zamówienia publicznego wykonywanego wspólnie z innymi wykonawcami, wskazać zakres zrealizowanego przez niego zamówienia, a nie

doświadczenie zdobyte przez całe konsorcjum. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Ekspert w wykazie wykonanych usług wskazało zakres realizowany przez całe konsorcjum realizujące dane zadanie, o czym świadczy podanie w każdym przypadku wartości całej umowy. Każda realizacja wskazana w wykazie usług była realizowana przez konsorcjum wykonawców. Niewiadomym jest (gdyż nie zostało to wskazane przez Konsorcjum Ekspert), jaki zakres

zrealizowali poszczególni wykonawcy w tym wykonawca, na którego doświadczenie powołuje się Konsorcjum Ekspert czyli Członek Konsorcjum – Ekspert Security Duo sp. z o.o. Z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 stycznia 2019 r., znak postępowania ZP/6/2019, oraz z treści referencji złożonych przez Konsorcjum Ekspert, można wywnioskować, że niezasadnie w wykazie usług wskazano cały zakres usług (i ich wartość), a nie zakres, w realizacji którego bezpośrednio uczestniczył Ekspert Security Duo sp. z o.o.

Odwołujący podkreślał, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por. m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 568/18).

Wątpliwości tych nie rozwiewa powołanie się przez Konsorcjum Ekspert na bliżej niekreślone umowy sprzedaży. Przede wszystkim, co zostało podniesione już powyżej, jedynie skuteczne przeniesienie całości przedsiębiorstwa na inny podmiot mogłoby powodować możliwość powoływania się na usługi wykonywane przez Ekspert Security Sp. z o.o. oraz Ekspert Security AT sp. z o.o. Jest to o tyle wątpliwe, że w przypadku Ekspert Security AT sp. z o.o. prowadziła ona jeszcze po zbyciu zorganizowanego przedsiębiorstwa działalność operacyjną, natomiast Ekspert Security sp. z o.o. postawiona została w stan likwidacji, zaś w dokumentach rozliczeniowych nie ma żadnej zmiany o zbyciu przedsiębiorstwa.

Nie zostały zawarte także stosowne aneksy do Umów nr 30/SOO/2019, 34/SOO/2019, i 36/SOO/2019, zmieniające podmioty wykonujące umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Co istotne, wykaz przedłożony przez Konsorcjum Ekspert na wezwanie Zamawiającego dotyczy doświadczenia Ekspert Security Duo sp. z o.o., które ewentualnie

mogłoby powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach wykonywania przedmiotowych usług po 31 sierpnia 2020 r., czyli w przypadku wszystkich trzech umów byłby to okres 15 miesięcy z 34 miesięcy świadczenia usług, co powinno znaleźć odzwierciedlenie przy wskazywaniu wartości realizowanej umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lutego 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że szczegółowo przeanalizował treść dokumentów przesłanych przez Wykonawcę Konsorcjum Ekspert. W ocenie Zamawiającego zarówno treść załączonych umów jak i uzasadnienie zawarte w załączniku nr 4 i nr 7 jako całość stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca skutecznie je zastrzegł.

Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia takiej tajemnicy - w wyroku z 21 listopada 2019 r., KIO 2263/19, Izba potwierdziła przyjmowaną powszechnie interpretację, że badanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego. W każdej sytuacji, gdy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieprawidłowo - Zamawiający zobowiązany jest do odtajnienia tych informacji, bez wzywania wykonawcy do dalszych wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, że zarówno wykaz usług jak i potwierdzenie należytego ich wykonania w pełni potwierdzają spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący miał pełen dostęp do ich treści. Zamawiający wnikliwie przeanalizował i dokonał oceny dokumentów potwierdzających wejście oraz uprawnienie do posługiwania się doświadczeniem.

Uzasadniał, że wykonawcy zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa często sporządzają wyjaśnienia ilościowo obszerne, jednak o charakterze ogólnikowym, do wykorzystania w praktycznie każdym postępowaniu, bez żadnych dowodów i wykazania, jakie skutki dla wykonawcy takie ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa może spowodować. Najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, że tak lakonicznie sporządzone uzasadnienie nie powinno stanowić podstawy do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający przywołał wyrok KIO z 13 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 90/17, 112/17 oraz wyrok z 28 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1460/17, podobnie w wyroku 1705/19 z 19 września 2019 r. Zamawiający wskazał, że w pełni podziela stanowiska wyrażone w przytoczonym powyżej wyroku.

Wprawdzie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jako samo w sobie nie powinno być zastrzeżone, jednak Zamawiający jest obowiązany każdorazowo analizować treść tego uzasadnienia. W tym konkretnym przypadku treść uzasadnienia (załącznik nr 4 do pisma

z dnia 27 stycznia 2023 r. oraz załącznik nr 7 do pisma z dnia 27 stycznia 2023 r.) posiada informacje w odniesieniu do treści całości dokumentów stanowiących o uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazano tam m.in. elementy przejęcia składników, nr umów o współpracy zakres przejęć. Zamawiający jako podmiot działający w sferze szczególnie wyczułonej na próby pozyskiwania informacji newralgicznych dla obronności jest szczególnie uwrażliwiony na elementy informacji zawartych z pozoru w ogólnodostępnych dokumentach. Nawet informacja ogólnodostępna w zbiorze innych informacji ma walor informacji przydatnych dla innych podmiotów (np. informacje z uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa w różnych postępowaniach tego samego wykonawcy). W oparciu o taką zasadę funkcjonuje tzw. „biały wywiad” uzyskujący informacje z ogólnodostępnych źródeł. Dlatego uzasadnionym jest zawężenie informacji udostępnionych innym wykonawcom, by uniknąć przekazania informacji newralgicznych.

W ustawodawstwie polskim brak na dzień dzisiejszy przepisów, w których występowałyby explicite pojęcia, takie jak: biały wywiad, OSINT (akronim Open Source Intelligence) czy też otwarte źródła informacji. W związku z tym przedstawiciele doktryny proponują własne definicje. K. Mroziewicz dość krótko określa biały wywiad jako „analizę informacji z legalnie dostępnych źródeł” a zarazem „najbezpieczniejszą i najbardziej przyjazną formę zdobycia tajemnic” (Prokuratura i Prawo 5, 2014).

Zamawiający nadmieniał, że ww. informacje zastrzeżone mają znaczenie nie tylko w niniejszym postępowaniu, lecz mogłyby być wykorzystywane w przyszłości. Dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa obejmują zestawienia danych osobowych pracowników Wykonawcy, a także osób pozostających w jego dyspozycji oraz informacje o ich umowach a także inne dane w zakresie posiadanego wyposażenia. Sprawia to, że ww. dane można traktować - z punktu widzenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - jako szczególnie wrażliwie dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Przemawia za tym m.in. fakt, że w żaden sposób, w drodze zwykłego dostępu inne podmioty (w tym osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji) nie będą w stanie ustalić konfiguracji przedstawionych tam danych. Wskazać należy także, że zastrzeżone dane stanowią informację o potencjale kadrowym Wykonawcy, który to potencjał - biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę wykwalifikowaną kadrą - ma znaczenie i wartość gospodarczą. Wykonawca wskazał również w uzasadnieniu, iż informacje oznaczone w uzasadnieniu jako tajemnica przedsiębiorstwa nigdy nie zostały przez niego ujawnione do wiadomości publicznej. Ww. Wykonawca w żaden pośredni lub bezpośredni sposób nie upublicznił tych danych przez co nie są one znane ogółowi, nie są powszechnie dostępne, ani też nie stanowią przedmiotu domeny publicznej. Ponad to, informacje te nie są również powszechnie znane - jako całość - osobom zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są one łatwo dostępne dla takich

osób. Tym samym, ewentualne ujawnienie lub odtajnienie przedmiotowych informacji szkodziłoby interesom Wykonawcy, naruszałoby normy uczciwej konkurencji, pogarszałoby jego pozycję biznesową w stosunku do innych podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. Uzupełnieniem i potwierdzeniem powyższego były realne działania Wykonawcy zapobiegające ewentualnemu ujawnieniu przedmiotowych informacji.

Zamawiający zauważył brak spójności i konsekwencji w działaniu i rozumieniu Odwołującego w sprawie naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stawia ten zarzut Zamawiającemu jedynie w Części 1 oraz w Części 2. Natomiast pomimo uczestniczenia w postępowaniu w Części 3 oraz w Części 4 naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zauważa pomimo tych samych okoliczności i stanu faktycznego co do tożsamości dokumentów, sposobu i zakresu zastrzeżenia tajemnicy.

Zamawiający rozumie, że korzystanie ze środków ochrony prawnej jest uprawnieniem Wykonawców, a nie obowiązkiem, jednakże uważa, że tożsame okoliczności sprawy rodzą tożsame konsekwencje, które nie mogą być interpretowane wybiórczo w zależności od intencji Wykonawcy.

Zamawiający przywołał także wyrok NSA z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14 oraz wyrok SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/00 dotyczące przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw.

Zamawiający uzasadniał, że o skuteczności zastrzeżenia mogą niekiedy decydować szczegóły właściwe dla konkretnego postępowania, w którym następuje utajnienie informacji. Do każdego przypadku należy podejść indywidualnie. Aby jak najskuteczniej wykazać tajemnicę przedsiębiorstwa, należy dobrać odpowiednie argumenty w uzasadnieniu zastrzeżenia. Nie ma tu znaczenia charakter informacji, ale właśnie argumentacja Wykonawcy. Prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zadaniem trudnym, ale możliwym. Powołał się na wyrok KIO z 15 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 158/21.

Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że w trakcie postępowania przetargowego Wykonawcy przekazują Zamawiającym szeroki zakres informacji dotyczących wielu aspektów prowadzonej przez nich działalności. Jednym z nich są informacje dotyczące posiadanego doświadczenia. Informacje te służą weryfikacji profesjonalizmu i rzetelności Wykonawcy. Jednakże zbiór odpowiednio dobranych, usystematyzowanych i poddanych właściwej analizie wydających się dla laika jawnych informacji potencjalnie stanowi, iż informacja ta ma co najmniej charakter niejawny. Zamawiający w pełni podziela stanowisko wyrażone w przytoczonym powyżej wyroku.

Odnosnie zarzutu wskazanego w punkcie 2. petitum odwołania Zamawiający podniósł, że zarzut wskazania przez Konsorcjum Ekspert w wykazie usług umów zrealizowanych przez podmioty nie będące członkami konsorcjum również należy uznać za nie mający uzasadnienia w stanie faktycznym. W szerokim uzasadnieniu Odwołujący opisuje szereg umów w tym m.in. zawartych na rzecz różnych instytucji przez 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu zarzucając, iż Zamawiający przyjął od w/w Wykonawcy bezkrytycznie oświadczenie i bez analizy je zaakceptował. Jest to zrozumiałe, gdyż informacje dotyczące potwierdzenia uprawnień do posługiwania się tym doświadczeniem stanowią wartość gospodarczą przedsiębiorstwa podlegającą ochronie, dlatego nie są dostępne wszystkim do publicznej wiadomości. Zamawiający przywołał art. 55 KC i wskazał, że wyliczenie składników przedsiębiorstwa ma charakter przykładowy, a nie taksatywny. Wskazuje na to zwrot "w szczególności". Inne elementy mogą mieć znaczenie subsydiarne. Odnosnie zbycia przedsiębiorstwa, to zgodnie z art. 55² KC czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Art. 75¹ § 1 KC z kolei stanowi, że zbycie przedsiębiorstwa powinno być dokonane w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi.

Dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się przy jednoczesnej odmowie takiej możliwości w wypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w innej formie niż spółka, naruszałoby podstawową zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Ponadto, byłoby dyskryminacją uczestnika obrotu gospodarczego - zgodnie bowiem z art. 6 u.s.d.g. podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.

Zamawiający podniósł, iż z faktu, że ma miejsce nabycie przedsiębiorstwa w formie jego aktywów bez zobowiązań, wobec których stosuje się koncepcję przystąpienia do długu nie można wywieść, iż jest to sukcesja singularna, bo sam fakt przejmowania.

Art. 494 § 1 KSH podobnie reguluje kwestię następstwa prawnego w ramach spółek handlowych, a jak wskazywano powyżej, w doktrynie nie jest kwestionowane prawo do powoływania się na poświadczenie spółki przejmowanej przez spółkę nowo zawiązaną powstałą na bazie spółki przejmowanej. Odnosnie dobra takiego jak dobre imię (goodwill), czy też doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezspornie stanowią one składnik majątku przedsiębiorstwa i mogą być zbyte razem z nim. Poprzez goodwill uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, składających się na jego wartość rynkową. (...) Całością tych wyobrażeń (renoma -

goodwill) stanowi dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku służącym prowadzeniu działalności gospodarczej w formie przedsiębiorstwa, bądź w osobistych przymiotach osoby wykonującej wolny zawód". (S. Bogusław, Klientela Przedsiębiorstwo - Wolny zawód, Rejent 1995.1.124). Według Słownika języka polskiego pod red. prof. J. Szymczaka renoma to "opinia, sława, rozgłos, wziętość" a renomowany to "cieszący się uznaniem, znany z dobrej strony, wzięty".

Takie rozumienie pojęcia renomy wskazuje na to, że nie stanowi ona samodzielnego bytu (składnika) lecz jest związana w sposób nierozdzielny z danym przedsiębiorstwem i może być zbyta tylko łącznie z nim lub z jego częścią. (Wyrok z dnia 20.06.2006 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt. II FSK 839/2005). Odnosnie zaliczania renomy (klienteli, goodwill) oraz umiejętności (doświadczenia) handlowego do innych składników przedsiębiorstwa jako korzystnych sytuacji faktycznych oraz innych wartości ekonomicznych obok posiadania rzeczy, informacji dotyczących rynku, tajemnicy produkcji i systemu organizacyjnego wypowiadało się wielokrotnie piśmiennictwo (Z. Radwański Prawo cywilne, s. 115; T. Dybowski, Ochrona własności, s. 43).

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że zarzut ten należy uznać za chybiony nie mający uzasadnienia w stanie faktycznym. Przedstawiony przez Konsorcjum wykaz usług potwierdza w pełni warunek doświadczenia konsorcjum.

Zamawiający uzasadniał, że sprzedaż przedsiębiorstwa wiąże się wejściem przez nabywającego w zobowiązania i prawa kupionego podmiotu. Istotnym jest ustalenie jaki zakres udziału poszczególnych członków konsorcjum miał ich udział w zamówieniu, co przy usłudze SUFO nie może mieć istotnego znaczenia. Każdy z członków wykonuje proste pokrywające się czynności w związku z czym każdy z nich nabywa wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a rozdzielanie ich według kwot nie może mieć tu miejsca jak na przykład przy projektowaniu obiektu a następnie jego budowie. Są to dwa odmienne byty.

Wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie nabywają w trakcie wykonywania umowy określone kompetencje. Zdobywane w ten sposób doświadczenie może być jednak różne - zależne od tego, czy dany podmiot wykonuje jedynie ograniczoną część zamówienia, czy też koordynuje całość prac związanych z zamówieniem. Nieraz też zdarza się, że Wykonawcy wykonują zamówienie łącznie, nie wyodrębniając konkretnych zadań w ramach realizacji. Nie ma bowiem jednego scenariusza, według którego miałyby w takim wypadku przebiegać realizacja umowy. To zawsze zależy od indywidualnego charakteru umowy. Świadczenie usługi Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochrony jest specyficzną usługą obejmującą pewien dość wąski zakres czynności. W związku z tym należy przyjąć, że niezależnie jakiej konkretnie kwoty dotyczyło świadczenie, każdy z członków konsorcjum realizując solidarnie zobowiązanie zdobył wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

W wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., KIO 568/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że istotny jest zakres prac wymagany przez Zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnego zakresu doświadczenia, faktyczny i realny udział Wykonawcy w realizacji zamówienia należy odnosić właśnie do tego zakresu. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum.

Skoro natomiast udział Wykonawcy w realizacji całej usługi miał charakter faktyczny i realny, to Wykonawca ten jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji całego zadania, w tym także w zakresie wykonania spornych usług, które zostały zrealizowane przez konsorcjantów. Odmowa prawa do powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, pozbawiałaby go w rzeczywistości prawa do rozwoju własnej działalności gospodarczej. Nawet duzi przedsiębiorcy łączą się w konsorcja w celu realizacji skomplikowanych przedsięwzięć, w obrocie prawnym znane są holdingi czyli powiązania kapitałowe, które mogą w lepszy sposób pozwalać na oddziaływanie na rynek i pozyskiwanie rynków zbytu.

Zamawiający powołał się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości — wyrok z 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji (sygn. akt C-399/05).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie, Ekspert Security MW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Tomasz Anioł prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ekspert Security Tomasz Anioł w Jabłonnej [dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum Espert”] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu po stronie Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DGP PROVIDER Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz DERSŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Zawadzie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert złożony w części 1 i 2 zamówienia wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Konsorcjum Ekspert oraz zawiadomienie o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenie do złożenia ofert.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 lutego 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego przy odwołaniu, tj.:

1. Załącznik nr 7 – informacja z otwarcia ofert z dnia 9 stycznia 2019 r., znak postępowania ZP/6/2019;
2. Załącznik nr 8 – zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 stycznia 2019 r., sprostowanie znak postępowania ZP/6/2019;
3. Załącznik nr 9 – odwołanie z dnia 13 stycznia 2023 r.;
4. Załącznik nr 10 - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 113/23;
5. Załącznik nr 11 - Umowa nr 30/SOO/2019 z dnia 25.01.2019 r.;
6. Załącznik nr 12 - Aneks nr 1 do Umowy nr 30/SOO/2019 z dnia 22.06.2020 r.;
7. Załącznik nr 13 – Aneks nr 1 do umowy Konsorcjum z dnia 22.08.2020 r., Załącznik nr 14 - Aneks nr 2 do Umowy nr 30/SOO/2019 z dnia 25.08.2021 r.;
8. Załącznik nr 15 - Umowa nr 34/SOO/2019 z dnia 25.01.2019 r.;
9. Załącznik nr 16 - Aneks nr 1 do Umowy nr 34/SOO/2019 z dnia 16.01.2020 r.;
12. Załącznik nr 19- Aneks nr 1 do umowy Konsorcjum z dnia 22.08.2020 r.;
13. Załącznik nr 20 - Aneks nr 4 do Umowy nr 34/SOO/2019 z dnia 25.08.2021r.;
14. Załącznik nr 21 - Umowa nr 36/SOO/2019 z dnia 25.01.2019 r.;
16. Załącznik nr 23 - Aneks nr 1 do umowy Konsorcjum z dnia 22.08.2020 r.;
17. Załącznik nr 24 - Aneks nr 2 do Umowy nr 36/SOO/2019 z dnia 25.08.2021 r.;
18. Załącznik nr 25 - informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS nr 0000479761;
19. Załącznik nr 26 – sprawozdanie z działalności Spółki od dnia 1 stycznia 2020 r. do 30 sierpnia 2020 r.;
20. Załącznik nr 27 - sprawozdanie z likwidacji Spółki od 31 sierpnia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.;

21. Załącznik nr 28 - sprawozdanie z likwidacji Spółki od 1 stycznia 2021 r. do dnia 16 lutego 2021 r.;
22. Załącznik nr 29 - informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS nr 0000732816;
23. Załącznik nr 30 - sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki Ekspert Security AT sp. z o.o. w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego przy piśmie procesowym z dnia 24 lutego 2023 r., tj.:

1. dodatkowe informacje i objaśnienia do sprawozdania finansowego „Ekspert Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” do 31 grudnia 2020 r.;
2. dodatkowe informacje i objaśnienia do sprawozdania finansowego „Ekspert Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” za rok obrotowy kończący się 31 grudnia 2020 r.;
3. dodatkowe informacje i objaśnienia do sprawozdania finansowego „Ekspert Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” za rok obrotowy kończący się 31 grudnia 2021 r.

Izba do akt sprawy zaliczyła również złożoną przez Konsorcjum Ekspert umowę spółki Team Consulting Sp. z o.o.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu: Zamawiający wymaga

doświadczenia w zakresie ochrony obiektów jednostek i instytucji wojskowych,

potwierdzonego referencjami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączy wykaz wykonanych usług wraz

z referencjami, według wzoru stanowiącego załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów Zamawiający wymaga wykonania przez Wykonawcę minimum 2 zrealizowanych/realizowanych usług na rzecz jednostek i instytucji Resortu Obrony Narodowej, o wartości nie mniejszej niż: dla części 1 – 2 500 000,00 PLN brutto każda

dla części 2 – 5 000 000,00 PLN brutto każda

dla części 3 – 1 500 000,00 PLN brutto każda

dla części 4 – 2 600 000,00 PLN brutto każda

Wykazane usługi dla danej części nie mogą się powtarzać w innej części na którą Wykonawca składa wniosek.

W dniu 30 listopada 2022 r. upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W zakresie części 1 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 6 wykonawców. Z kolei w części 2 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 5 wykonawców.

Wykonawca Konsorcjum Ekspert wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło m.in. wykaz wykonanych usług stanowiący załącznik nr 4 do wniosku wraz z referencjami. Konsorcjum Ekspert wraz z wnioskiem nie złożyło oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ustawy Pzp.

W dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. W zakresie części 1 i 2 postępowania zostali dopuszczeni między innymi Konsorcjum Ekspert oraz Odwołujący.

W dniu 13 stycznia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 od czynności Zamawiającego polegających na dopuszczeniu do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert. W dniu 17 stycznia 2023 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, a postępowanie odwoławcze, wobec braku sprzeciwu wykonawcy Konsorcjum Ekspert zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, podlegało umorzeniu (sygn. akt: KIO 113/23).

W dniu 25 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Ekspert na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zakresie części 1 i 2 zamówienia do poprawienia/ uzupełnienia/wyjaśnienia treści wykazu wykonanych usług oraz referencji, jak również do złożenia oświadczenia z art. 117 ustawy Pzp i stosownych informacji z KRK.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum Ekspert pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. złożyło:

- 1) wyjaśnienia w zakresie zaświadczenia o niekaralności wraz z KRK – załącznik nr 1 do pisma;
- 2) wykaz usług – załącznik nr 2 do pisma;
- 3) oświadczenie z art. 117 Pzp – załącznik nr 3 do pisma.

Ponadto Konsorcjum Ekspert złożyło – zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – następujące dokumenty:

- 1) uzasadnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – załącznik nr 4 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r.;
- 2) kopię (wyciąg) zanonimizowanej umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security sp. z o.o. a Ekspert Security Duo sp. z o.o. w dniu 31.08.2020 r. – załącznik nr 5 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r.;
- 3) kopię (wyciąg) zanonimizowanej Umowy sprzedaży zawartej pomiędzy Ekspert Security AT sp. z o.o. a Ekspert Security MW sp. z o.o. w dniu 09.11.2021 r. – załącznik nr 6 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r.;
- 4) wyjaśnienia w zakresie wykonanych usług wraz z wykazem usług i referencjami – załącznik nr 7 do pisma Konsorcjum Ekspert z dnia 27 stycznia 2023 r.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie wykaz wykonanych usług oraz przedłożone przez Konsorcjum Ekspert referencje.

W uzupełnionym na powyższe wezwanie Zamawiającego wykazie wykonanych usług (załącznik nr 4 do wniosku) Konsorcjum Ekspert wskazało:

I. w zakresie części 1 zamówienia:

1. usługę zrealizowaną na rzecz 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu w terminie od 1 lutego 2019 r. do 30 listopada 2021 r. o wartości 6.486.391,96 zł brutto dotyczącą świadczenia usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania realizowanych przez specjalistyczną uzbrojone formacje ochronne (SUFO) na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 5644 Białobrzegi będącej na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego; na potwierdzenie należytego wykonania usługi złożyło referencje z dnia 8 grudnia 2021 r.;
2. usługę zrealizowaną na rzecz 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu w terminie od 1 lutego 2019 r. do 30 listopada 2021 r. o wartości 6.520.438,31 zł brutto dotyczącą świadczenia usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania realizowanych przez specjalistyczną uzbrojone formacje ochronne (SUFO) na rzecz Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie będącego na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego; na potwierdzenie należytego wykonania usługi złożyło referencje z dnia 8 grudnia 2021 r.

II. w zakresie części 2 zamówienia:

1. usługę zrealizowaną na rzecz 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu w terminie od 30 września 2019 r. do 30 listopada 2021 r. o wartości 5.214.614,70 zł brutto, na potwierdzenie czego przedłożyło:
 - a) referencje z dnia 19 lipca 2022 r. dotyczące świadczenia usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz 5 Mazowieckiej Brygady Obrony Terytorialnej w Ciechanowie będącej na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego na podstawie Umowy nr 249/SOO/2019 z dnia 17 września 2019 r.,
 - b) referencje z dnia 4 lipca 2022 r. dotyczące świadczenia usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz 22 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Olsztynie na rzecz 5 Mazowieckiej Brygady Obrony Terytorialnej w Ciechanowie na podstawie umowy cesji z dnia 30 grudnia 2020 r. nr 36/WAOOB/21/2020,
2. usługę zrealizowaną na rzecz 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu w terminie od 1 lutego 2019 r. do 30 listopada 2021 r. o wartości 12.180.317,37 zł brutto dotyczącą świadczenia usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania realizowanych przez specjalistyczną uzbrojone formacje ochronne (SUFO) na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 1230 Warszawa Wesola będącej na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego; na potwierdzenie należytego wykonania usługi złożyło referencje z dnia 8 grudnia 2021 r.

W dniu 2 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W zakresie części 1 i 2 postępowania zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu między innymi Konsorcjum Ekspert oraz Odwołujący. Pismem z dnia 2 lutego 2023 r. Zamawiający zaprosił m.in. ww. wykonawców do złożenia ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.) [dalej „rozporządzenie”], przez zaniechanie odrzucenia wniosku złożonego przez Konsorcjum Ekspert w konsekwencji błędnego uznania Konsorcjum Ekspert za spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do

§ 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Wskazać należy, iż w świetle orzeczenia TSUE C-387/14 Esaprojekt doświadczenie nabyte przez wykonawcę podczas wykonywania usług w ramach konsorcjum nie może być traktowane jako doświadczenie całego konsorcjum oraz że doświadczenie konsorcjanta stanowi jedynie zakres faktycznie wykonanych przez niego prac. Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Po stronie zamawiającego istnieje zatem obowiązek ustalenia zakresu usług faktycznie wykonanych przez wykonawcę, które to usługi zostały zrealizowane lub są wykonywane przez grupę wykonawców. Dostrzec jednak należy, że z samego faktu, iż zamówienie było realizowane przez grupę wykonawców nie wynika, że jeden z konsorcjantów nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego. Nie oznacza to także, że wykonawca może wykazać się jakimkolwiek doświadczeniem odpowiadającym zakresowi zamówienia publicznego, w którego realizacji brał udział. Wskazać należy, iż faktyczny zakres prac zrealizowanych przez wykonawcę wspólnie z innymi wykonawcami ma szczególnie doniosłe znaczenie na etapie badania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto zgodnie z art. 117 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 wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ust. 4 tego przepisu stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Za wyrokiem KIO z dnia 3 lutego 2023 r. sygn. akt: KIO 159/23 podnieść należy, iż „w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. To właśnie ww.

oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim wykazami usług czy osób) umożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomiedzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się pomagającymi zdolnościami. Podkreślić przy tym należy, że to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji. Składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie powinno zatem jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu.”

Przedmiotem zawisłego sporu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo -w świetle złożonych podmiotowych środków dowodowych - zbadał, iż Konsorcjum Ekspert wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający błędnie uznał, że Konsorcjum Ekspert wykazało, iż posiada wymagane w dokumentach zamówienia doświadczenie zawodowe.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż w dniu 25 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Ekspert w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zakresie części 1 i 2 do poprawienia/uzupełnienia/wyjaśnienia treści wykazu wykonanych usług oraz referencji, jak również do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż ww. oświadczenie nie zostało złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, iż przedmiotowe wezwanie było

konsekwencją poprzedniego odwołania wniesionego przez obecnego Odwołującego, którego zarzuty zostały uwzględnione przez Zamawiającego w całości, a wobec braku sprzeciwu Konsorcjum Ekspert, postępowanie odwoławcze prowadzone pod sygn. akt: KIO 113/23 podlegało umorzeniu (załącznik nr 10 do odwołania). Szczególnego zauważenia wymaga, iż w poprzednim wniesionym odwołaniu Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ekspert do poprawienia wykazu wykonanych usług

poprzez wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum – Ekspert Security Duo Sp. z o.o., w sytuacji, gdy w wykazie wykonanych usług wskazano wartość całkowitą usług, pomimo, że usługi te były realizowane przez Ekspert Security Duo Sp. z o.o. wspólnie z innymi wykonawcami (załącznik nr 9 do odwołania). Jednocześnie dostrzec należy, iż w przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał, że „referencje złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu odnoszą się do Wykonawców niebiorących w nim udziału. W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do określenia w wykazie wykonanych usług wyłącznie usług, w których aktualnie Konsorcjanci brali udział oraz wartości umów odpowiadających ich realizacji wyłącznie przez podmioty biorące udział w przedmiotowym, aktualnie prowadzonym postępowaniu, tj. ew. przez firmy Ekspert Security Duo Sp. z o.o., Ekspert Security MW Sp. z o.o., Ekspert Security Tomasz Aniol”. Wobec powyższego Konsorcjum Ekspert jako podmiot profesjonalny powinno mieć świadomość popełnionych uchybień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych, dostrzeżonych przez Odwołującego w poprzednim odwołaniu, wymagających poprawienia zgodnie z instrumentami przewidzianymi ustawą Pzp.

Konsorcjum Ekspert w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie wykonanych usług (załącznik nr 4 do wniosku) w zakresie części 1 (poz. 1 i 2 tabeli) i 2 (poz. 2 tabeli) powołało się na usługi, które realizowane były wspólnie z innymi wykonawcami. Bezsprzecznie Konsorcjum Ekspert dla usług wskazanych w poz. 1 i 2 dla części 1 oraz poz. 2 dla części 2 podało całkowitą wartość zrealizowanych umów (co dodatkowo potwierdzają załączniki nr 11 – 24 do odwołania), a nie wartość usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył lider Konsorcjum Ekspert, tj. Ekspert Security Duo Sp. z o.o. Jednocześnie jak wynika z uzupełnionego na ww. wezwanie oświadczenia Konsorcjum Ekspert złożonego zgodnie z art. 117 ustawy Pzp, to właśnie lider Konsorcjum Ekspert miał realizować w zakresie części 1 i 2 zamówienia usługi polegające na ochronie fizycznej. Zakres zadań pozostałych członków Konsorcjum Ekspert sprowadzał się do logistyki i rekrutacji pracowników oraz nadzoru i kontroli nad realizacją umowy.

Okoliczności sprawy wskazują zatem, że Konsorcjum Ekspert w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2023 r. nie wykazało w przypadku obu części zamówienia zakresu kwotowego usług rzeczywiście zrealizowanego przez lidera konsorcjum, tj. Ekspert Security Duo Sp. z o.o. na doświadczenie, którego się powołało celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie wykazało wykonania dwóch usług w każdej części na rzecz jednostek i instytucji Resortu Obrony Narodowej o określonej wartości. Konsorcjum Ekspert w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie nie podało w załączniku nr 4 do wniosku wartości usług zrealizowanych przez lidera konsorcjum, powielając tym samym błąd popełniony w wykazie wykonanych usług

załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Konsorcjum Ekspert w celu wykazania spornego warunku udziału w postępowaniu określonego na poziomie kwotowym (w zakresie części 1 Zamawiający wymagał zrealizowanych/ realizowanych min. 2 usług na rzecz jednostek i instytucji Resortu Obrony Narodowej o wartości 2,5 mln zł brutto każda, a w zakresie części 2 min. 2 ww. usług o wartości 5 mln zł brutto każda) nie mogło powołać się na wartość całych umów, skoro były one realizowane przez grupę wykonawców. W takim przypadku dla oceny doświadczenia wykonawcy - Ekspert Security Duo Sp. z o.o. należało wziąć pod uwagę jego faktyczny wkład w realizację zamówień publicznych wskazanych w załączniku nr 4 do wniosku zrealizowanych wspólnie z innymi wykonawcami.

W tym miejscu wskazać również należy, iż dokonany przez Konsorcjum Ekspert podział zadań między członków konsorcjum wynikający z oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ustawy Pzp nie dawał podstaw do przyjęcia, że Wykonawcy powołali się również na doświadczenie Ekspert Security MW Sp. z o.o. celem wykazania spornego warunku udziału w postępowaniu. Iżba w okolicznościach rozpoznawanej sprawy miała na uwadze, że Konsorcjum Ekspert nie składając oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ustawy Pzp wraz z wnioskiem, samo pozbawiło się możliwości jego późniejszego poprawienia, w sytuacji gdyby intencją Wykonawców było powołanie się także na doświadczenie Ekspert Security MW Sp. z o.o. w świadczeniu usług ochrony, przy jednoczesnym założeniu, że podmiot ten skutecznie nabył całość przedsiębiorstwa Ekspert Security AT sp. z o.o.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż złożone przez Konsorcjum Ekspert podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie części 1 i 2 dotyczący wymaganego doświadczenia. W związku z tym, że Konsorcjum Ekspert było już wzywane, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia treści wykazu wykonanych usług w zakresie informacji dotyczących wartości umów zrealizowanych przez podmioty tworzące konsorcjum oraz do złożenia oświadczenia w trybie art. 117 ustawy Pzp, nie może zostać ponownie wezwane do poprawienia informacji w tym zakresie. Tym samym wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert podlegał odrzuceniu w zakresie obu części na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznany przez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum Ekspert uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – załącznik nr 4 do pisma z dnia 27 stycznia 2023 r.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę

jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 zapadłym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne wskazać należy, iż rację miał Odwołujący, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Dlatego też objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w art. 11 ust. 2 uznk i jako takie należy uznać za bezskuteczne. Uzupełniając o okolicznościach sprawy wskazać należy, iż w złożonych przez Konsorcjum Ekspert dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa próżno szukać uzasadnienia dla zastrzeżenia poufnością samego uzasadnienia. Wskazać również należy, iż nie jest rolą Zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazaniu zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów i rozszerzanie argumentacji wynikającej z uzasadnienia zastrzeżenia. Co więcej, stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że nawet gdyby przyjąć, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajdują się informacje poufne (co w okolicznościach sprawy nie zostało wykazane), to nie jest właściwe zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu. Zamawiający sam w odpowiedzi na odwołanie wymienia informacje, które znalazły się w wyjaśnieniach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, co potwierdza, że nieujawnienie wykonawcom całości tego dokumentu było nieuzasadnione.

Powyższe naruszenie przepisów ustawy Pzp pozostaje jednak bez wpływu na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Z ww. przepisu wynika zatem, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania i nakazała Zamawiającemu m.in. odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu Konsorcjum Ekspert w części 1 i 2 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby jednocześnie nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonego przez Konsorcjum Ekspert uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa byłoby bezprzedmiotowe. Wskazać należy, iż cel wniesionego odwołania został osiągnięty, bowiem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert w zakresie części 1 i 2 został odrzucony niniejszym wyrokiem. Tym samym zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zakresie dotyczącym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia (por. SO w wyroku z dnia 23

kwietnia 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 18/21).

Co do pozostałych załączników objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Ekspert, tj. załącznika nr 5, 6 i 7 do pisma z dnia 27 stycznia 2023 r. wskazać należy, iż Izba stoi na stanowisku, że w przypadku gdy tajemnicą przedsiębiorstwa objęto uzasadnienie zastrzeżenia, w pierwszej kolejności Odwołujący powinien formułować zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp względem dokumentu uzasadnienia. Oczywistym jest, że zarzuty dotyczące bezprawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów np. złożonych wykazów czy wyjaśnień formułowane w oparciu o utajnione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie będą realizowały w sposób pełny uprawnienia wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dopiero po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i jego merytorycznej analizie dany wykonawca w sposób skuteczny będzie mógł skonstruować zarzuty dotyczące bezprawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych oświadczeń czy dokumentów.

Dalej zauważyć należy, iż w analizowanej sprawie zaniechanie udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również załączników nr 5, 6 i 7 do pisma z dnia 27 stycznia 2023 r. pozbawiło Odwołującego nie tylko możliwości weryfikacji wykazania przez Konsorcjum Ekspert zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. załączników, ale również merytorycznej oceny sytuacji podmiotowej ww. Wykonawcy w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby ocena skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. w rozpoznawanym przypadku załączników nr 5, 6 i 7, powinna być co do zasady dokonywana uprzednio w stosunku do oceny zarzutu wywodzonego z treści dokumentów objętych tą tajemnicą, tj. zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania, a w niniejszej sprawie w istocie winna rozpocząć się od przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czego Zamawiający nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w tym w szczególności, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert niniejszym wyrokiem został odrzucony w części 1 i 2 rozpoznanie zarzutu nr 1 w części dotyczącej załączników nr 5, 6 i 7 do pisma z dnia 27 stycznia 2023 r. oraz zarzutu nr 2 Izba uznała za bezprzedmiotowe. Za bez znaczenia zatem uznano dowody złożone przy odwołaniu stanowiące załączniki nr 25-30, przy piśmie procesowym Odwołującego z dnia 24 lutego 2023 r., o których mowa na str. 19 oraz złożoną przez Przystępującego w toku rozprawy umowę spółki Team Consulting Sp. z o.o.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutu uwzględnionego dla rozstrzygnięcia odwołania - zarzut ten doprowadził bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia wniosku Konsorcjum Ekspert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w części 1 i 2 zamówienia.

Przewodniczący: