

**WYROK**

**z dnia 12 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2023 r. przez odwołującego S.T. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu

przy udziale wykonawcy S.Z. Radcy Prawni Spółka partnerska z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2502/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – S.T. Kancelarię Adwokatów i Radców Prawnych Spółkę Komandytowo-Akcyjną z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. 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.

2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 2502/23**

**Uzasadnienie**

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*świadczenie obsługi prawnej dla WFOŚGW w Poznaniu*”. Numer referencyjny zamówienia to 261.19.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00249632/01.

W dniu 23 sierpnia 2023 r. Odwołujący – S.T. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1) zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu złożonych przez wykonawcę S.Z. Radcy Prawni Spółka partnerska z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „Kancelarią S.Z.”, wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych w całości, w tym w rozdziale I i rozdziale III wyjaśnień oraz dowody załączone na potwierdzenie zawartych tam twierdzeń (załączniki nr 1-14), w wyniku zaniechania odtajnienia tych wyjaśnień,

2) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Kancelarię S.Z. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3) zaniechania czynności wezwania Kancelarii S.Z. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku udziału, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”).

Na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych w całości było zgodna z przepisami ustawy PZP Odwołujący zakwestionował zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Kancelarię S.Z. pomimo, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia mają charakter lapidarny, ogólnikowy, szczątkowy, gołostowny i nie są potwierdzone jakimikolwiek dowodami pozwalającymi obalić w sposób skuteczny domniemanie posiadania przez zaoferowaną cenę przymiotu rażąco niskiej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu złożonych przez Kancelarię S.Z. wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych w całości, w tym w rozdziale I i rozdziale III wyjaśnień oraz dowody załączone na potwierdzenie zawartych tam twierdzeń (załączniki nr 1-14), w wyniku zaniechania odtajnienia tych wyjaśnień, pomimo że brak było podstaw do skutecznego zastrzeżenia (zarzut nr 1),

2) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 266 ustawy PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP i art. 57 pkt 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Kancelarię S.Z. jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a SWZ (zarzut nr 2),

3) art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 57 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 PZP polegające na zaniechaniu wezwania Kancelarii S.Z. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a SWZ poprzez brak wykazania wymaganego warunkiem udziału doświadczenia albo przez wykonawcę albo podmiot trzeci (zarzut nr 3),

4) art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP polegające na zaniechaniu wezwania Kancelarii S.Z. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez uznanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich, mimo że nie udowodnił realności, tj. nie udowodnił, że podmioty trzecie wykonują usługi, do realizacji których zamawiający wymagał tego doświadczenia (zarzut nr 4),

5) art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP polegające na zaniechaniu wezwania Kancelarii S.Z. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez uznanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich, mimo że podmiot ten nie posiada doświadczenia zdobytego w ramach wykonania zamówienia we własnym imieniu i na własny rachunek (zarzut nr 5),

6) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji w zakresie pominięcia treści ustalonych warunków udziału w postępowaniu w zakresie dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zarzut nr 6).

Ewentualnie – na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych w całości było zgodna z przepisami ustawy PZP – Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, tj. ze względu na posiadanie przez ofertę złożoną przez Kancelarię Sokołowski Zdrojewski Ścibisz przymiotów rażąco niskiej ceny, co potwierdziło się poprzez nieobalenie domniemania rażąco niskiej ceny wyjaśnieniami złożonymi przez tego wykonawcę (zarzut nr 7).

W konsekwencji przedstawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) dokonania ponownej czynności badania i oceny oferty, a w ramach tego badania odrzucenie oferty Kancelarii S.Z. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

3) dokonania czynności udostępnienia wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych w całości, w tym w rozdziale I i rozdziale III wyjaśnień oraz dowody załączone na potwierdzenie zawartych tam twierdzeń (załączniki nr 1-14).

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu

z dokumentów wskazanych w treści odwołania oraz dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia udostępnionej Izbie przez Zamawiającego, jak również zawarł w odwołaniu wnioski o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP 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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedmiotowy przepis stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, nie może zatem podlegać wykładni rozszerzającej, która mogłaby prowadzić do nadużywania przez wykonawców zastrzegania określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jego stosowanie wymaga ze strony wykonawcy podjęcia odpowiednich działań przy przekazywaniu informacji, które nie mogą podlegać ujawnieniu. Zamawiającego zaś obciąża obowiązek oceny skuteczności zastrzeżenia określonych informacji przez wykonawcę. Ocena ta wymaga zbilansowania interesu wykonawcy w zachowaniu poufności przekazywanych w postępowaniu informacji z obowiązkiem zachowania zasady jawności postępowania, w tym zapewnienia ochrony interesów pozostałych wykonawców. Z legalnej definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że podstawą faktyczną uznania danych informacji za podlegające ochronie jest ich charakter, okoliczność, że nie są one powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do ich ochrony i zachowania poufnego charakteru. Dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie. Z przepisu tego wynika, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się konieczność „wykazania”, oznacza obowiązek dużo dalej idący niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co potwierdzają m. in. poglądy wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1823/22. Odwołujący podał ponadto, że w wyroku z dnia 13 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 843/22 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda ustawowo chroniona tajemnica, ma charakter obiektywny, nie można zatem istnienia takiej tajemnicy subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę. Dotyczy to również informacji przedstawianych przez kontrahentów wykonawcy. Skoro następnie chce on je wykorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien mieć na względzie, że w razie braku wykazania ustawowych przesłanek, potwierdzających że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, także ona zostanie ujawniona. Samo twierdzenie o poufnym charakterze danych informacji nie jest w tej sytuacji wystarczające. Nie jest możliwe do przyjęcia zapatrywanie, z którego wynika, iż to wyłącznie wola przedsiębiorcy ma decydować o utajnieniu określonej informacji publicznej. Odwołujący zaakcentował, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania. Ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie równocześnie z zastrzeżeniem informacji, że realizują się w stosunku do nich przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji.

Odwołujący uzasadnił dalej, że Kancelaria S.Z. jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegła informacje zawarte w wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych w rozdziale I i rozdziale III wyjaśnień oraz dowody załączone na potwierdzenie zawartych tam twierdzeń (załączniki nr 1-14). Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Kancelaria S.Z. w zasadzie ograniczyła się do cytowania orzecznictwa sądów i Krajowej Izby Odwoławczej. Jego zdaniem istotne jest jednak to, że to na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży obowiązek wykazania, iż na gruncie konkretnego postępowania zaistniały przesłanki do zachowania w tajemnicy jasno wskazanych informacji. Dlatego zawarcie w uzasadnieniu zastrzeżenia szeregu wydanych w innych sprawach orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w celu wykazania możliwości utajnienia rodzajów

informacji nie oznacza wypełnienia tego obowiązku. W ocenie Odwołującego realna i merytoryczna treść uzasadnienia została zawarta w kilku ogólnikowych zdaniach, zaś Kancelaria S.Z. nie wykazała łącznego spełnienia przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa swojego konkurenta Odwołujący wskazał, że tego rodzaju argumentacja może zostać wykorzystana w zasadzie na potrzeby każdego postępowania, gdyż nie niesie za sobą żadnych konkretnych danych odnoszących się do prowadzonego postępowania. Poza tym Odwołujący uwypuklił, że Kancelaria S.Z. nie omówiła istniejących warunków rynkowych, natomiast przedstawiona teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Przedstawione przez Kancelarię S.Z. dowody w załącznikach do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny zdaniem Odwołującego dotyczą powszechnych oraz normalnych usług i dostaw uzyskiwanych przez każdy podmiot, a które jednocześnie nie stanowią o żadnej przewadze konkurencyjnej, co należy odnieść do faktur za najem lokalu, za wywóz śmieci, za usługę archiwizacji, za usługę sprzątania, za usługę systemu informacji prawnej Legalis, z pracownikami administracyjnymi, za abonament telefoniczny i telefon, za obsługę księgową, za zakup materiałów biurowych, za usługę drukowania dokumentów czy umów o współpracę. Odwołujący dodał, że każdy z wykonawców dokonuje oceny pracochłonności oraz optymalizacji kosztów związanych z realizacją danego zamówienia. Bezsprzecznie wykonawcy, jako profesjonalści ubiegający się o dane zamówienie, dysponują szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, oraz informacjami o cenach oferowanych przez konkurentów, są zatem w stanie zaprezentować kalkulację wskazującą jak należało wyliczyć cenę oferty, z uwzględnieniem elementów kształtujących cenę i ich wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia. Nie sposób przyjąć, zdaniem Odwołującego, że Kancelaria S.Z. zastosowała jakiś unikalny sposób zestawienia danych czy rozkład ryzyk zapewniający optymalizację zysków. Według Odwołującego dane wymienione w Kalkulacji finansowej ceny ofertowej z pewnością nie mają charakteru powtarzalnego i zostały zebrane wyłącznie na potrzeby tego konkretnego postępowania. Nie sposób uznać, że z przedstawionych danych można uzyskać *know-how* wykonawcy czy metodologię i strategię kalkulacji ceny ofertowej stosowanych przez niego w innych postępowaniach. W opinii Odwołującego w przedmiotowej sprawie Kancelaria S.Z. nie wykazała, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania konstruowanych, miałyby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego to miałyby wynikać. Kancelaria S.Z. nie przedstawiła również żadnej argumentacji co do tego, jaką szkodę może ponieść na skutek ujawnienia informacji. Odwołujący nie zgodził się również z tym, że jego konkurent do poufnych zaliczył umowy podpisane z jednostkami sektora finansów publicznych, czyli w tym przypadku umowy na obsługę prawną z Gminą Kleczew na lata 2022-2023, umowę z Wielospecjalistycznym Szpitalem Wojewódzkim w Gorzowie Wielkopolskim na lata 2022-2023 i umowę z Gminą Nowy Tomyśl na lata 2022-2023, skoro przedmiotowe dokumenty podlegają udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Poza tym według Odwołującego sam fakt, że wykonawca w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawia Zamawiającemu arkusz kalkulacyjny, nie przesądza jeszcze o tym, że są to dokumenty mające wartość gospodarczą. Taki wykonawca powinien uzasadnić swoje stanowisko i wykazać wartość gospodarczą zastrzeganych dokumentów. Nieprawidłowe jest podejście, że taki rodzaj dokumentów automatycznie i w każdych warunkach ma wartość gospodarczą zasługującą na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący podsumował, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Kancelaria S.Z. nie wykazała, że przekazane informacje posiadają walor techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą.

Ponadto Odwołujący podniósł, że dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca je zastrzegający obowiązany jest wykazać także, jakie podjął działania w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedstawić dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. polityka bezpieczeństwa, klauzula poufności, regulaminy itp. Natomiast Kancelaria S.Z. podobnie jako w przypadku próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, oparła się jedynie na twierdzeniach i deklaracjach. Okoliczność, że podjęto odpowiednie działania celem utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, Kancelaria S.Z. wywodzi jedynie ze stawianych deklaracji, nie przedkłada jednak żadnych dowodów, które mogłyby choćby uprawdopodobnić prawdziwość przywołanych przez nią twierdzeń. Wykonawca powinien w sposób przekonujący i nie budzący wątpliwości uargumentować stawiane twierdzenia i jednocześnie twierdzenia te udowodnić, natomiast za taki dowód nie można uznać ogólnych oświadczeń złożonych przez Kancelarię S.Z.. Odwołujący powołał się przy tym na poglądy wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 778/22. Zdaniem Odwołującego Kancelaria S.Z. nie wykazała również okoliczności, że wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, w tym załączniki, nie są powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz, że podjęła czynności zmierzające do ochrony tych informacji i zachowania poufnego charakteru.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Kancelarię S.Z. – w zakresie łącznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a SWZ określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

„2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) zdolności technicznej:

*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykazał się realizacją usług doradztwa prawnego:*

a) na rzecz jednostek sektora finansów publicznych **spełniających łącznie następujące warunki:**

- *minimum 5 usług (umów) polegających na bieżącej obsłudze prawnej przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie), w tym minimum jednej obsługi podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych;*

- *minimum 5 usług (umów) polegających na świadczeniu usług zastępstwa procesowego przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie);*

- *reprezentowanie jednostki sektora finansów publicznych w co najmniej 10 sprawach sądowych o zapłatę”.*

Ponadto Odwołujący podał, że w zakresie zdolności technicznej Zamawiający określił także inne warunki udziału dotyczące doświadczenia (rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. b i c), ale tylko w zakresie rozdziału VIII ust. 2 pkt 1 lit. a Zamawiający użył sformułowania, że wymaga by wykonawca wykazał się doświadczeniem spełniającym łącznie określone przez siebie warunki (wymagania). Zdaniem Odwołującego wyrażenie „łącznie” jest rozumiane w sposób jednoznaczny i nie wymaga w istocie dogłębnej weryfikacji czy też ustalania znaczenia pojęcia czy jego zakresu (zbioru). Według słownika języka polskiego „łącznie” oznacza „powstały z połączenia, tworzący sumę czegoś”. Skoro zatem Zamawiający bezsprzecznie wymagał wykazania się doświadczeniem, które łącznie spełnia określone wymagania (w tym przypadku wymagania zawarte w trzech tiretach), to zdaniem Odwołującego tym samym brak jest możliwości do rozłącznego badania doświadczenia przez różne podmioty wchodzące czy to w skład konsorcjum, czy poprzez poleganie na zasoby innego podmiotu. Odwołujący nie zakwestionował uprawnienia do wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału samodzielnie przez jednego z członków konsorcjum, czy też samodzielnie przez podmiot trzeci, tylko zakwestionował sposób oceny dokonany przez Zamawiającego, który odstąpił od swoich wymagań i uznał warunek za spełniony w sytuacji, gdy wykonawca dysponuje częściowym doświadczeniem, o którym mowa w lit. a przedmiotowego warunku, oraz przez podmiot trzeci, który dysponuje pozostałą częścią wymaganego doświadczenia – które przecież należało spełnić łącznie. Według Odwołującego ocena Zamawiającego doprowadziła do sytuacji, w której ani Kancelaria S.Z. ani podmiot trzeci, na zasoby którego ten wykonawca się powołał, nie wykazali samodzielnego łącznego spełnienia przedmiotowego warunku. W związku z tym Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany określonych przez siebie wymagań w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez ich złagodzenie ze względu na to czy ofertę składa samodzielnie wykonawca czy też wykonawca w celu spełniania warunków udziału polega na potencjale podmiotu trzeciego. Odwołujący podkreślił, że według postanowień SWZ wykonawca powinien wykazać, że spełnia łącznie warunki określone w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a tiret 1-3 SWZ, nie jest zatem dopuszczalne rozbicie tego doświadczenia na wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby, co uczyniła Kancelaria S.Z., która w celu wykazania przedmiotowego warunku posłużyła się doświadczeniem podmiotu trzeciego w odniesieniu do części określonego przez Zamawiającego warunku udziału, tj. w zakresie „*obsługi podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych*”. Zdaniem Odwołującego ocena taka wynika z treści art. 58 ust. 5 ustawy PZP, w świetle którego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co oznacza, że zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków powinni być traktowani jak wykonawca. Odwołujący uważa, że warunki udziału w postępowaniu nie zostały zróżnicowane z uwagi na możliwe konstrukcje prawne (podwykonawca, konsorcjum), w których wykonawca może nabyć doświadczenie, brak jest więc możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów, bo prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2005/20, z którego wynika m. in., że zasada identyczności w interpretacji warunku udziału w postępowaniu powinna być stosowana niezależnie czy ofertę składa wykonawca, grupa wykonawców (konsorcjum) czy wykonawca posługujący się potencjałem innego podmiotu. Dlatego też Odwołujący uważa, że Kancelaria S.Z. nie poddała ciężarowi wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Kancelarię S.Z. – w

zakresie braku wykazania dysponowania zasobami podczas realizacji zamówienia Odwołujący podniósł, że złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego jest skonstruowane przy użyciu wyrażeń ogólnych oraz lakonicznych, przez co trudno odczytać jaki będzie udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, jakie usługi będzie realizował, w szczególności w jakiej formie oraz w jaki sposób. Odwołujący zauważył, że podmiot trzeci w treści własnego zobowiązania w sposób identyczny odpowiedział na dwa pytania zawarte w pkt 2 i 3 – a mianowicie wskazał zarówno „udział w realizacji oraz doradztwo w zakresie posiadanego doświadczenia”, gdzie obie te formy wykluczają się wzajemnie ze względu na normę prawną zawartą w art. 118 ust. 2 i 3 ustawy PZP. Ponadto w pkt 4 zobowiązania podmiot ten skreślił słowo „zrealizuje”, a zatem w ocenie Odwołującego w przedmiotowej wystąpiła sytuacja jedynie formalnego przekazania „referencji” bez zobowiązania do wykonania usług – co jest sprzeczne z treścią art. 118 ust. 2 i 3 ustawy PZP. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający również powziął wątpliwości w zakresie oceny przedstawionego zobowiązania i pismem z dnia 7 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę do złożenia następujących wyjaśnień: „*Wzywamy do wyjaśnienia, czy osoba wskazana jako podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy ma możliwość świadczenia usług na rzecz Zamawiającego w świetle zapisów SWZ i załączonych dokumentów*”, na co Kancelaria S.Z. odpowiedziała, że „*podmiot trzeci ma możliwość świadczenia usług*”. Odwołujący uważa, że opisane powyżej działanie Zamawiającego jest pozbawione sensu, ponieważ Zamawiający nie uzyskał jakiegokolwiek dodatkowej wiedzy dotyczącej udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a w szczególności jakie usługi będzie realizował i w jakiej formie oraz w jaki sposób.

Odwołujący wskazał ponadto, że choć wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to możliwość wykorzystania przez wykonawcę zasobów podmiotów trzecich ograniczona jest do ich zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, przy czym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których zamawiający wymaga tych zdolności (art. 118 ust. 2 PZP). Zatem korzystając z potencjału podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że faktycznie będzie dysponował udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia i w tym celu wraz z ofertą składa zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Jednocześnie ustawodawca nakłada obowiązek badania przez Zamawiającego czy udostępnione przez podmiot trzeci zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz czy wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy (art. 119 ustawy PZP). Posłużenie się zdolnościami innego podmiotu przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów, w zakresie gwarantującym wykorzystanie tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. Odwołujący nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Kancelaria S.Z. nie sprostала temu obowiązkowi, ponieważ nie wymieniła w ofercie żadnego zakresu usług, który zamierza powierzyć podwykonawcy. Na potwierdzenie swojej argumentacji Odwołujący powołał się na poglądy wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 442/21 oraz z dnia 21 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3761/21, a także na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie o sygn. akt C-176/98 (Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Jednocześnie z ostrożności Odwołujący dodał, że z utrwalonej w orzecznictwie zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wywiódł także zakaz modyfikacji przez wykonawcę treści oświadczenia w zakresie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego dokonanych w wyniku uzupełnień, wyjaśnień czy sprostowania omyłek, które de facto prowadzą do zmiany treści oferty wówczas, gdy zamawiający dopiero na ich podstawie ustaliby rzeczywisty zakres potencjału wykonawcy i podmiotu trzeciego. Działanie takie ma zatem bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania warunkujące samą tożsamość wykonawcy oraz wynik weryfikacji jego zdolności, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia (tak: wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu). Oznacza to jego zdaniem, że na obecnym etapie postępowania wykonawca nie może dowolnie modyfikować treści oświadczenia zawartego w ofercie dotyczącego wykonania przez podmiot trzeci określonych części zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Kancelarię S.Z. – w zakresie doświadczenia zdobytego w ramach stosunku pracy Odwołujący wskazał, że nie jest dopuszczalne powoływanie się na doświadczenie osoby fizycznej zdobyte w ramach stosunku pracy. Odwołujący wyjaśnił, że z oferty złożonej przez Kancelarię S.Z. wynika, że wykonawca ten powołał się na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego, którym jest osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej, natomiast z przedłożonych dokumentów, m. in.

zobowiązania podmiotu trzeciego oraz „referencji” wynika, że osoba ta nabyła doświadczenie w ramach stosunku pracy. W ocenie Odwołującego wykonawca powołujący się na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia osoby fizycznej winien wykazać, że usługa była świadczona we własnym imieniu i na własny rachunek, co nie jest możliwe w przypadku świadczenia usługi na podstawie umowy o pracę. Możliwe nabycie doświadczenia przez osobę fizyczną może odbyć się wyłącznie w sytuacji realizacji przez nią zamówienia na własny rachunek i we własnym imieniu. Odwołujący powołał się przy tym na poglądy wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1891/11.

Uzasadniając zarzut odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny Odwołujący na wstępie wskazał, że niezasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Kancelarię S.Z. w zasadzie uniemożliwia mu prawidłowe skonstruowanie zarzutu rażąco niskiej ceny. Wobec tego Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu odwołania skupił się na aspekcie formalnym związanym z brakiem wykazania przez Kancelarię S.Z. rynkowego charakteru zaoferowanej ceny i podał zarazem, że w razie uwzględnienia zarzutu związanego z niezasadnym zastrzeżeniem wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny powinien być potraktowany jako przedwczesny, a Odwołujący możliwość jego postawienia będzie miał dopiero po zapoznaniu się z dokumentami, do których obecnie Zamawiający odmówił mu wglądu. Odwołujący wskazał, że choć Kancelaria S.Z. deklaruje, że w wyjaśnieniach wskazała na koszty wykonania zamówienia, jednak jego zdaniem zasadne wydaje się postawienie pytania, czy wyjaśnienia odnoszą się do wszystkich czynników cenotwórczych (w tym kosztów zapewnienia ludzi, sprzętu, kosztów ogólnych związanych z realizacją zamówienia, ryzyka i zysku), czy czynniki te zostały ustalone w prawidłowej wysokości, przy prawidłowych założeniach i czy okoliczności te znajdują potwierdzenie w złożonym materiale dowodowym. Jednocześnie Odwołujący dodał, że dowodem na rynkowy charakter zaoferowanej ceny nie może być tylko proste rozbitcie ceny ofertowej na składowe, jeśli owo rozbitcie nie zostało powiązane z założeniami i dodatkowymi wyjaśnieniami, np. co do czasochłonności świadczenia usług prawnych. W konsekwencji Odwołujący zarzucił, że złożone wyjaśnienia tych wymogów nie spełniają, a co za tym idzie, że Kancelaria S.Z. nie udźwignęła spoczywającego na niej ciężaru dowodowego. Zdaniem Odwołującego o nierynkowym charakterze ceny zaoferowanej przez Kancelarię S.Z. świadczy również wysokość kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, gdzie cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest niższa o ponad 30% względem kwoty, jaką Zamawiający przeznacza na realizację zamówienia, co stanowi nie tylko istotny symptom posiadania przez tą cenę przymiotu rażąco niskiej, ale również w znacznym stopniu generuje podstawy do uznania, że cena ta nie ma charakteru rynkowego. Ponadto w ocenie Odwołującego część jawna wyjaśnień Kancelarii S.Z. nie ujawnia jakichkolwiek realnych czynników potwierdzających rzetelność kalkulacji cenowej oferty, w tym w zakresie kosztów realizacji usługi. Dlatego też oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

W konkluzji Odwołujący podał, że w związku z nieprawidłową oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w sposób wadliwy podjął decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, czym naruszył art. 239 ust. 1 ustawy PZP, a także poprzez dokonanie nieprawidłowych czynności Zamawiający naruszył obowiązujące zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w art. 16 ustawy PZP.

**Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika wyrażone w trakcie rozprawy w dniu 7 września 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiłaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Kancelarię S.Z., gdyż zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z

wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 września 2023r. i stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego piśmie z dnia 6 września 2023r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z 3 opracowań własnych Odwołującego dotyczących rozumienia pojęcia „środkie centralne” oraz kwestii „łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (2 opracowania).

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, którym jest Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*świadczenie obsługi prawnej dla WFOŚGW w Poznaniu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00249632/01.

W świetle rozdziału IV ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonywanie kompleksowej obsługi prawnej Zamawiającego przez okres 12 miesięcy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 4 do SWZ.

W rozdziale VIII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym w ust. 2 pkt 1 przewidział, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykazał się realizacją usług doradztwa prawnego:

a) na rzecz jednostek sektora finansów publicznych spełniających łącznie następujące warunki:

- minimum 5 usług (umów) polegających na bieżącej obsłudze prawnej przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie), w tym minimum jednej obsługi podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych;

- minimum 5 usług (umów) polegających na świadczeniu usług zastępstwa procesowego przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie);

- reprezentowanie jednostki sektora finansów publicznych w co najmniej 10 sprawach sądowych o zapłatę;

b) polegającego na sporządzeniu przynajmniej 2 opinii prawnych dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,

c) polegającego na reprezentowaniu pracodawcy w rozumieniu Kodeksu pracy w minimum 15 postępowaniach dotyczących rozwiązania lub nawiązania stosunku pracy lub zmiany warunków pracy i płacy.

Zgodnie z rozdziałem IX SWZ do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (ust. 1), natomiast w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żąda następujących dokumentów:

a) Wykazu wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy – załącznik nr 2 do SWZ,

b) Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi zasobami – załącznik nr 3 do SWZ,

c) Kopii aktualnej polisy ubezpieczeniowej OC, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (ust. 3).

W rozdziale XI SWZ Zamawiający określił zasady korzystania przez wykonawców z zasobów innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz

w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach ekonomicznych i finansowych, technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych – dotyczy warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w ust. 3 rozdziału IX SWZ.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

3. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 2 powyżej, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

4. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

5. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

6. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

7. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (ust. 3 rozdziału IX SWZ) wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców:

1) Kancelaria S.Z. – z kwotą 177 120 zł 00 gr za wykonanie zamówienia, w tym 14 760 zł 00 gr miesięcznie,

2) Odwołujący – z kwotą 287 820 zł 00 gr za wykonanie zamówienia, w tym 23 985 zł 00 gr miesięcznie.

Kancelaria S.Z. oświadczyła w formularzu ofertowym, że zamówienie zamierza wykonać przy pomocy podwykonawcy radcy prawnego T.Ż. Kancelaria S.Z. załączyła do oferty zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 14 czerwca 2023 r., tj. radcy prawnego T.Ż., który oświadczył, że zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Kancelarii S.Z. biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu swoich zasobów zgodnie z treścią art. 118 ust. 1 ustawy PZP na następujących zasadach:

1. Zakres dostępnych wykonawców zasobów innego podmiotu: Doświadczenie realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, usług doradztwa prawnego na rzecz jednostek sektora finansów publicznych polegających na bieżącej obsłudze prawnej przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie), co najmniej jednej obsługi podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych.

2. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego: Udział w realizacji zamówienia oraz doradztwo w zakresie posiadanego doświadczenia opisanego w pkt 1.

3. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego: Udział w realizacji zamówienia oraz doradztwo w zakresie posiadanego doświadczenia opisanego w pkt 1 przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym.

4. Czy podmiot, na zdolności którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą: TAK.

Ponadto Kancelaria S.Z. – celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 SWZ – załączyła do oferty Wykaz Usług (Załącznik nr 2 do SWZ) obejmujący 23 pozycje, w którym zadeklarowała wykonanie usług objętych przedmiotowym warunkiem na rzecz: Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu, Gminy Bodzanów, Gminy Golina, Gminy Kleczew, Gminy Nowy Tomyśl, Gminy Stare Miasto, Gminy Staroźreby oraz Gminy Tarnowo Podgórne.

W dniu 7 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Kancelarię S.Z. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP dowyjaśnienia, czy osoba wskazana jako podmiot udostępniający zasoby wykonawcy ma możliwość świadczenia usług na rzecz Zamawiającego w świetle zapisów SWZ i załączonych dokumentów. W odpowiedzi z dnia 12 lipca 2023 r. Kancelaria S.Z. wskazała, że r.p., tj. podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie wynikającym z SWZ i załączonych dokumentów. Powyższe zostało wyrażone w treści załączonego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, z którego wynika wprost, że Pan T.Ż. będzie realizował przedmiot zamówienia w zakresie posiadanego doświadczenia, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i w zakresie wskazanym w SWZ i załącznikach. Wykonawca oświadczył, że Pan T.Ż. ma możliwość świadczenia usług na rzecz Zamawiającego w świetle zapisów SWZ i załączonych dokumentów.

W dniu 27 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Kancelarię S.Z. na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej usługi. Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie wskazane w ofercie budzi wątpliwości i może wpłynąć na nieprawidłowe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, odbiega bardzo istotnie od warunków rynkowych. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami powinny w sposób przekonujący Zamawiającego wskazywać obiektywne czynniki, okoliczności oraz uwarunkowania powodujące przyjęcie zaoferowanej ceny na realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca udzielając przedmiotowych wyjaśnień winien uwzględnić w szczególności:

1. Sposób zarządzania personelem, który związany jest z realizacją usługi i jego dyspozycyjność na dyżurach.

2. Wszystkie składniki cenotwórcze, które miały wpływ na kalkulację ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w tym m. in:

- liczbę osób konieczną oraz wskazaną do realizacji przedmiotu zamówienia,
- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W dniu 8 sierpnia 2023 r. Kancelaria S.Z. złożyła wyjaśnienia w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej części składowych. Jednocześnie zastrzegła tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do części swoich wyjaśnień, tj. rozdziału I – Kalkulacja ceny ofertowej oraz zaproponowanej przez wykonawcę, rozdziału III – Realność i rynkowość zaoferowanej ceny oraz dowodów załączonych na potwierdzenie zawartych tam twierdzeń (załączniki nr 1-14).

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Kancelaria S.Z. podała, iż w odniesieniu do prezentowanych przez nią w wyjaśnieniach informacji oraz załączonych dokumentów zostały spełnione przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji warunkujące uznanie tych danych za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone informacje organizacyjne przedsiębiorstwa wykonawcy bezsprzecznie posiadają wartość gospodarczą i pozostają w kręgu zainteresowania przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną wobec wykonawcy, albowiem zawierają one w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla wykonawcy. Ponadto wyjaśnił, że informacje ujęte w rozdziale I wyjaśnień i załączniki potwierdzające ich treść (załączniki nr 1-11) obejmują szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy, w szczególności wskazujący na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia, stanowiący o konkurencyjności Kancelarii na rynku usług prawniczych, w tym również zawierający szacowaną marżę wykonawcy, wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów, szczegóły dotyczące ofert podwykonawców oraz szczegóły dotyczące umów zawieranych przez wykonawcę z pracownikami i współpracownikami – a takie informacje jako poufne podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast informacje ujęte w rozdziale III wyjaśnień i dowody

potwierdzające ich treść (załączniki nr 12-14) obejmują wykaz usług prawniczych świadczonych przez wykonawcę na rzecz podmiotów innych niż Zamawiający, obrazujący aktywność wykonawcy na rynku w określonym czasie, zakres jego działalności, kontakty biznesowe, wysokość wynegocjowanych stawek oraz wynegocjowane warunki współpracy – wobec tego całość takich informacji przedstawia dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą i nie powinna ona zostać udostępniana publicznie nieograniczonemu kręgowi odbiorców. Kancelaria S.Z. wyjaśniła ponadto, że zastrzeżone informacje podane w rozdziale I i III wyjaśnień oraz dowody załączone na potwierdzenie zawartych tam twierdzeń (załączniki nr 1-14) nie zostały podane do wiadomości publicznej i pozostają jawne jedynie w sferze wewnętrznej określonych kontaktów wykonawcy z kontrahentami lub w sferze wewnętrznej stosunków z określonymi współpracownikami wykonawcy (na zasadach zobowiązania danych osób/podmiotów do zachowania poufności). W zakresie przesłanki podjęcia przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania danych składających się na informacje zastrzeżone wykonawca wskazał, iż podjął w tym celu wszelkie niezbędne kroki, które w sposób profesjonalny i skuteczny chronią wskazane dane przez ujawnienie. Działania te polegają w szczególności na: 1) zabezpieczeniu przedmiotowych informacji w formie pisemnej i elektronicznej poprzez ich przechowywanie wyłącznie w częściach biurowych Kancelarii i części serwera, do których dostęp mają tylko pracownicy i współpracownicy specjalnie w danym zakresie upoważnieni, 2) uzyskaniu pisemnego zobowiązania od pracowników i współpracowników wykonawcy, mających dostęp do przedmiotowych informacji, do zachowania tych danych w poufności pod rygorem konieczności zapłacenia kary umownej, 3) zawieraniu w umowach z określonymi kontrahentami klauzul dotyczących konieczności zachowania przedmiotowych informacji w poufności, pod rygorem konieczności zapłacenia kary umownej. Kancelaria S.Z. podkreśliła równocześnie, że przygotowaniem i wyceną ofert, a także wszelkimi kwestiami związanymi z udziałem wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zajmuje się wyłączni zamknięty krąg osób spośród pracowników i współpracowników wykonawcy.

Przy zachowaniu poufności danych wynikającej z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Kancelarię S.Z. – z rozdziału I wyjaśnień – Kalkulacji finansowej ceny ofertowej zaproponowanej przez tego wykonawcę wynika, że ujął w niej takie pozycje cenotwórcze jak: koszt pracy radców prawnych / adwokatów, koszt utrzymania lokalu Kancelarii, koszt systemu informacji prawnej, koszt obsługi administracyjnej, koszt abonamentu telefonicznego i telefonu, koszt obsługi księgowej, koszt materiałów biurowych (w tym koszt drukowania dokumentów), koszty dojazdów na dyżury w siedzibie Zamawiającego oraz inne nieprzewidziane koszty związane z obsługą prawną Zamawiającego. Z zakładanym przez wykonawcę zyskiem daje to podaną w ofercie kwotę 12 000 zł 00 gr netto, czyli 14 760 zł 00 gr brutto.

Natomiast w rozdziale III wyjaśnień Kancelaria S.Z. wskazała, że wysokość wynagrodzenia za obsługę prawną zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu, tj. kwota 12 000 zł 00 gr netto, odpowiadająca stawce 100 zł 00 gr za roboczogodzinę, jest stawką rynkową, albowiem za podobne stawki wykonawca ten w poprzednim roku świadczył pomoc prawną trzem innym podmiotom publicznym

Na potwierdzenie informacji i kwot zaprezentowanych w swoich wyjaśnieniach Kancelaria S.Z. załączyła 14 dowodów, w tym kopie różnych umów wraz z aneksami oraz faktury VAT.

Ostatecznie Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za rzetelne i w dniu 18 sierpnia 2023 r. wybrał ofertę złożoną przez Kancelarię S.Z. za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu przyznając jej 95,00 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Natomiast oferta Odwołującego otrzymała 76,92 pkt i została skasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi oraz ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów nr 1 i nr 7 odwołania:

Podstawę prawną zarzutu nr 1 Odwołującego stanowi art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP, natomiast zarzutu nr 7 (zgłoszonego jako ewentualny względem zarzutu nr 1) stanowią art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP:

Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy PZP protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

W świetle zaś art. 74 ust. 2 ustawy PZP załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami

udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Art. 18 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Art. 18 ust. 3 ustawy PZP stanowi natomiast, 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 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP stanowi natomiast, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba odniesienie się do zarzutu nr 1 odwołania, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że niesłusznie zaniechał odtajnienia wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoficerowanej ceny i jej części składowych, które złożyła Kancelaria S.Z., a w konsekwencji że nie udostępnił treści tych wyjaśnień Odwołującemu. Choć w prawie zamówień publicznych prymat ma zasada jawności postępowania określona w art. 18 ust. 1 ustawy PZP, to jednak nie ma ona charakteru bezwzględnie. Do wyjątków umożliwiających ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zaliczyć m. in. sytuację utajnienia przez wykonawców dokumentów, które zawierają tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicą przedsiębiorstwa są 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. Oceny spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy dokonywać ściśle, bez stosowania interpretacji rozszerzającej, a jednocześnie także w sposób zindywidualizowany i uwzględniający specyfikę konkretnego przypadku.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez uczestnika postępowania odwoławczego było skuteczne, zaś Zamawiający nie popełnił błędu utrzymując tajność informacji i dokumentów zastrzeżonych przez tego wykonawcę w związku ze złożeniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Kancelaria S.Z. wykazała spełnienie wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które pozwalają zachować w poufności pewne wrażliwe i cenne gospodarczo z punktu widzenia zainteresowanego przedsiębiorcy informacje. Należy zauważyć, że uczestnik postępowania odwoławczego zastrzegł tylko dwie części wyjaśnień, tj. część, w której zawarł kalkulację wyceny oferty wraz z dowodami – odnoszącą się do aspektów organizacyjnych jego przedsiębiorstwa, oraz część, w której przedstawił ceny za świadczenie obsługi prawnej w innych realizowanych przez siebie kontraktach, również z dowodami – dotyczącą jego bieżącej praktyki zawodowej i współpracy z kontrahentami. Nie może być zatem mowy o nadużyciu przez uczestnika postępowania odwoławczego prawa do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby podane przez Kancelarię S.Z. informacje o charakterze organizacyjnym, dotyczące m. in. wysokości ponoszonych kosztów działalności gospodarczej, szacowanej marży, warunków zawartych w ofertach złożonych przez jego podwykonawców i warunków zawartych umów ze współpracownikami Kancelarii i pracownikami, mają walor gospodarczy. Jednocześnie nie są one łatwo dostępne dla osób spoza kierownictwa Kancelarii i niebędących upoważnionymi pracownikami, a przy tym wykonawca ten wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że podjął odpowiednie kroki w celu zachowania tych informacji jako poufne i niedostępne dla postronnych osób. To samo trzeba odnieść do dokumentów i informacji dotyczących realizacji usługi kompleksowej pomocy prawnej na rzecz innych kontrahentów, o których mowa w rozdziale III wyjaśnień Kancelarii S.Z.. Należy mieć przy tym na uwadze, że uczestnik postępowania odwoławczego jest Kancelarią Radców Prawnych działającą w formie spółki partnerskiej. Radcowie prawni na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych są obowiązani do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedzieli się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Okoliczność, że kontrahentami uczestnika postępowania odwoławczego były podmioty

publiczne i że Odwołujący lub inni zainteresowani wykonawcy mogą dosyć swobodnie pozyskać pewne dokumenty i informacje w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej nie sprawia automatycznie, że uczestnik postępowania odwoławczego nie może ich objąć tajemnicą swojego przedsiębiorstwa i że jest zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i udostępnienia całości tych wyjaśnień Odwołującemu został sformułowany zarzut posiadania przymiotu rażąco niskiej ceny przez ofertę złożoną przez Kancelarię S.Z.. Choć Odwołujący nie znając utajnionej części wyjaśnień swojego konkurenta nie mógł postawić precyzyjnego zarzutu

w odwołaniu, to jednak bazując na własnym doświadczeniu poddał pod wątpliwość to, czy uczestnik postępowania odwoławczego w swoich wyjaśnieniach odniósł się do wszystkich czynników cenotwórczych (tj. kosztów zapewnienia ludzi, sprzętu, kosztów ogólnych związanych z realizacją zamówienia, ryzyka i zysku), czy czynniki te zostały ustalone w prawidłowej wysokości, przy prawidłowych założeniach i czy okoliczności te znajdują potwierdzenie w złożonym materiale dowodowym. Analiza rozdziału I i rozdziału III wyjaśnień prowadzi do wniosku, że Kancelaria S.Z. sprostала obowiązkowi udzielenia rzetelnych i pełnych wyjaśnień obalających domniemanie rażąco niskiej, ponieważ szczegółowo zostały opisane różnego rodzaju koszty, które zazwyczaj występują podczas realizacji usługi obsługi prawnej na rzecz jednostek organizacyjnych, a ponadto wykonawca ten założył możliwość wystąpienia nieprzewidzianych kosztów związanych z obsługą prawną Zamawiającego i skalkulował zysk na niesymbolicznym poziomie. Wyjaśnienia uczestnika postępowania odwoławczego zostały poparte licznymi dowodami w postaci dokumentów. Nie potwierdziły się zatem obawy Odwołującego co do lakoniczności oraz niskiej merytorycznej zawartości wyjaśnień rażąco niskiej ceny jego konkurenta oraz braku udokumentowania twierdzeń i danych liczbowych zawartych w tych wyjaśnieniach.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzut podstawowy odwołania dotyczący naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP oraz zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP został oddalony.

#### W zakresie zarzutów nr 2, 3, 4 i 5 odwołania:

We wskazanych czterech zarzutach odwołania odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu jako podstawę prawną Odwołujący wskazał przepisy art. 239 ust. 1 ustawy PZP, art. 266 ustawy PZP, art. 16 pkt 1 ustawy PZP, art. 57 pkt 2 ustawy PZP, art. 128 ust. 1 ustawy PZP, art. 118 ust. 2 ustawy PZP i art. 119 ustawy PZP.

Art. 239 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 266 ustawy PZP db przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy Działu III stanowią inaczej.

Art. 16 pkt 1 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W myśl art. 57 pkt 2 ustawy PZP o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Art. 128 ust. 1 stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 118 ust. 2 ustawy PZP stwierdza, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Natomiast zgodnie z art. 119 ustawy PZP Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmioty podstawy wykluczenia,

które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Przechodząc do omówienia zarzutów dotyczących spełniania przez Kancelarię S.Z. warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 SWZ w odniesieniu do zdolności technicznej na wstępie należy wyraźnie stwierdzić, że z Wykazu Usług złożonego przez tego wykonawcę jako załącznik do jego oferty oraz referencji wystawionych przez jednostki samorządu terytorialnego, tj. Gminę Bodzanów, Gminę Golina, Gminę Kleczew, Gminę Nowy Tomyśl, Gminę Stare Miasto, Gminę Staroźreby, Gminę Tarnowo Podgórne, a także Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu w sposób jednoznaczny wynika, że spełnia on samodzielnie wszystkie określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu odnoszące się realizacji usług doradztwa prawnego, tj. warunek:

- 1) minimum 5 usług (umów) polegających na bieżącej obsłudze prawnej jednostek sektora finansów publicznych przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie), w tym minimum jednej obsługi podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych (lit. a tiret pierwszy) – co potwierdzają referencje wystawione przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, Gminę Nowy Tomyśl, Gminę Bodzanów, Gminę Kleczew, Gminę Golinę, Gminę Stare Miasto i Gminę Tarnowo Podgórne,
- 2) minimum 5 usług (umów) polegających na świadczeniu usług zastępstwa procesowego na rzecz jednostek sektora finansów publicznych przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie) (lit. a tiret drugi) – co potwierdzają referencje wystawione przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, Gminę Tarnowo Podgórne, Gminę Nowy Tomyśl, Gminę Bodzanów, Gminę Kleczew,
- 3) reprezentowanie jednostki sektora finansów publicznych w co najmniej 10 sprawach sądowych o zapłatę (lit. a tiret trzeci) – co potwierdzają referencje wystawione przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu
- 4) sporządzenie przynajmniej 2 opinii prawnych dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (lit. b) – co potwierdzają referencje wystawione przez Gminę Nowy Tomyśl i Gminę Bodzanów
- 5) reprezentowanie pracodawcy w rozumieniu Kodeksu pracy w minimum 15 postępowaniach dotyczących rozwiązania lub nawiązania stosunku pracy lub zmiany warunków pracy i płacy (lit. c) – co potwierdzają referencje wystawione przez Gminę Kleczew, Gminę Tarnowo Podgórne, Gminę Staroźreby, Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu i Gminę Nowy Tomyśl.

Co więcej, w zakresie warunku określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a tiret pierwszy SWZ Kancelaria S.Z. załączyła zobowiązanie podmiotu trzeciego – radcy prawnego T.Ż., który zobowiązał się do realizacji usługi w zakresie udostępnionego doświadczenia, a także przedstawiła referencje wystawione temu Panu przez Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego, które poświadczają, że posiada on już ponad 8-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie kompleksowej obsługi prawnej departamentów Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego zaangażowanych w realizację regionalnych programów operacyjnych, w tym Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego 2007-2013, Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego 2014+ oraz Funduszy Europejskich dla Wielkopolski 2021-2027. Niewątpliwie takiego doświadczenia zawodowego radcy prawnego T.Ż. nie można nie uznać za spełniające wymóg obsługi prawnej podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych.

Niezależnie więc od tego, czy oceny doświadczenia uczestnika postępowania odwoławczego dokonuje się odrębnie, czy wspólnie z doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby – radcy prawnego T.Ż., to bez wątpienia spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 SWZ. Wobec powyższego niezasadny jest zarówno zarzut nr 2 odwołania kwestionujący spełnianie przez Kancelarię S.Z. warunków udziału w postępowaniu w ogólności, jak również zarzut nr 3 odwołania wskazujący na konieczność wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a SWZ ze względu na brak wykazania wymaganego doświadczenia wykonawcy lub podmiotu trzeciego.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania podważającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Kancelarię S.Z. z powodu braku realności udostępnienia zasoby przez podmiot trzeci, to Odwołujący upatruje naruszenie przepisów ustawy PZP w ogólnym i lakonicznym oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby, w stopniu utrudniającym zrozumienie jakie konkretnie usługi będzie realizował, w jakiej formie i w jaki sposób. Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Art. 118 ust. 2 ustawy PZP stwierdza, że w odniesieniu do warunków dotyczących

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Według art. 118 ust. 3 ustawy PZP wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Wymaganą treść zobowiązania podmiotu trzeciego reguluje art. 118 ust. 4 ustawy PZP, który stwierdza, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia, 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z oświadczenia złożonego przez r.p. w dniu 14 czerwca 2023 r. w sposób klarowny wynika, że przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym będzie brał udział w realizacji zamówienia i zarazem będzie doradzał wykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia, tj. doświadczenia w realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, usług doradztwa prawnego na rzecz jednostek sektora finansów publicznych polegających na bieżącej obsłudze prawnej przez okres kolejnych 12 miesięcy (nieprzerwanie), co najmniej jednej obsługi podmiotu udzielającego dofinansowania w ramach programów i konkursów ze środków UE lub ze środków centralnych (pkt 1 i 3). Zdaniem Izby treść zobowiązania, które podpisał r.p., jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości, do czego się on zobowiązał. Jest w nim wyraźne odniesienie do realizacji przedmiotu zamówienia i doradztwa. Odwołujący zdaje się oczekiwać, że dla uznania realności udostępnianego zasobu do treści zobowiązania podmiotu trzeciego powinien zostać przepisany cały zakres OPZ z ust. 1 Załącznika nr 4 do SWZ, jednakże takie zapatrywanie nie znajduje odzwierciedlenia na gruncie regulacji art. 118 ust. 4 ustawy PZP i nie można żądać od podmiotu udostępniającego swoje zasoby aż tak szczegółowego wymieniania rodzaju usług prawnych, w których realizacji będzie partycypował.

Jednocześnie należy stwierdzić, że omyłkowe skreślenie wyrazu „zrealizuje” w zobowiązaniu podmiotu trzeciego (pkt 4) nie może świadczyć o tym, że mamy do czynienia jedynie z formalnym udostępnieniem zasobu przez podmiot trzeci, skoro w tym samym dokumencie podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia oraz doradztwie w zakresie posiadanego doświadczenia wymaganego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit. a SWZ.

Mając powyższe na względzie zarzut nr 4 odwołania dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP nie został przez Izbę uwzględniony.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołania kwestionującego doświadczenie zdobyte przez r.p. w ramach świadczenia pomocy prawnej podczas pracy na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego to Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego z jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 września 2023 r., iż doświadczenie radcy prawnego nabyte podczas świadczenia pomocy prawnej w ramach stosunku pracy jest doświadczeniem, które może podlegać udostępnieniu innemu podmiotowi. Izba podziela również pogląd wyrażony w przywołanym przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 427/14, w którym Izba stwierdziła, że „(...) spór między stronami sprawdzał się jedynie do oceny czy radca prawny, świadczący usługi pomocy prawnej na podstawie stosunku pracy, posiada doświadczenie w obsłudze tej instytucji i czy takie doświadczenie może udostępnić. Sposób świadczenia pomocy prawnej przez radców prawnych wynika z ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych (Dz. 2010, nr 10, poz. 65 ze zm.) i pozostaje on bez znaczenia dla zdobywanego przez radcę prawnego doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej na rzecz instytucji. Radca prawny ma zagwarantowaną ustawowo samodzielność wykonywania zawodu, co powoduje że umowa o pracę z radcą prawnym ma specyficzny charakter i nie jest typową umową o pracę, o jakiej mowa w art. 22 kodeksu pracy. Radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej, samodzielnie prowadzi sprawy przed organami orzekającymi. Atrybuty te powodują, że doświadczenie nabyte przy świadczeniu pomocy prawnej przez radcę prawnego na podstawie umowy o pracę czy innej umowy cywilnoprawnej bądź też w ramach świadczenia usług przez kancelarię jest doświadczeniem osoby, która te usługi wykonywała a nie doświadczeniem, jak twierdzi zamawiający, pracodawcy na rzecz którego usługa była realizowana. W konkluzji stwierdzić należy, że wiedza i doświadczenie jakie nabył radca prawny K.G., świadcząc usługi pomocy prawnej w Wojewódzkiej Komendzie Policji w Szczecinie jako doświadczenie związane ściśle z osobą je wykonującą, jest doświadczeniem w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i jako takie może być udostępnianie”.

Mając powyższe na względzie nie było podstaw do stwierdzenia, że Kancelaria S.Z. nie spełnia warunku udziału w

postępowaniu przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego z uwagi na to, że podmiot trzeci nie posiada doświadczenia zdobytego w ramach wykonania zamówienia we własnym imieniu i na własny rachunek, wobec czego zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP został przez Izbę również oddalony.

W zakresie zarzutu nr 6 odwołania:

Podstawę prawną zarzutu Odwołującego stanowi art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty.

Odwołujący stawiając Zamawiającemu zarzut naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP ewidentnie wiązał go z zarzutami dotyczącymi warunków udziału w postępowaniu i niewłaściwej oceny przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konkurenta Odwołującego. Z uwagi na to, że zarzuty te nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym niniejszej sprawy, nie ma podstaw do wywodzenia, że w zaskarżonym zakresie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania.

Mając powyższe na względzie zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem na wynagrodzenie pełnomocnika, tj. kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy). Jednocześnie w poczet kosztów tego postępowania została zaliczona uiszczona przez Odwołującego jako wpis od odwołania kwota 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**.....