

WYROK

Warszawa, 30 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 września 2025 r. przez wykonawcę Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: sposobu spełniania warunku doświadczenia przez wykonawców indywidualnych i konsorcja oraz dotyczącego obowiązku wykonawców złożenia wykazu osób przewidzianych do realizacji zamówienia.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 4079/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pn. *„Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń oraz terenów zewnętrznych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy”*.

25 września 2025 roku, wykonawca Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 16 pkt 1-3 ustawy przez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu:
 - a) postanowień dot. opisu przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych i połączenie w jednym zadaniu dominujących usług konkurencyjnych i niewielkiej ilości usług specjalistycznych wymagających stosownych uprawnień;
 - b) warunków udziału w postępowaniu, które preferują wykonawcę obecnie realizującego dotychczasową umowę i prowadzą do istotnego ograniczenia, a nawet faktycznego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu;
- 2.art. 17 ust. 1 ustawy przez naruszenie przez zamawiającego zasady efektywności przy formułowaniu postanowień dot. opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, która nakazuje udzielanie zamówienia w sposób racjonalny i efektywny ekonomicznie;
- 3.art. 99 ust. 2 i 4 ustawy przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia, sformułowany w sposób:
 - nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia,
 - nadmierny w stosunku do zdolności wykonawców konkurujących na rynku właściwym dla niniejszego zamówienia, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia;
 - utrudniający a nawet uniemożliwiający uczciwą konkurencję,
 - prowadzący do uprzywilejowania jednego wykonawcy, który obecnie realizuje umowę,
 - prowadzący do zawężenia konkurencji, która ma charakter „sztuczny” w rozumieniu motywu 74 preambuły dyrektywy klasycznej,

- prowadzący do zawarcia umowy niekorzystnej pod względem finansowym;

4.art. 112 ust.1 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób:

- nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- utrudniający a nawet uniemożliwiający uczciwą konkurencję,
- prowadzący do uprzywilejowania jednego wykonawcy, który obecnie realizuje umowę,
- prowadzący do zawężenia konkurencji, która ma charakter „sztuczny” w rozumieniu motywu 74 preambuły dyrektywy klasycznej,
- prowadzący do zawarcia umowy niekorzystnej pod względem finansowym.

Odwolujący wnioś o uwzględnienie odwołania i:

1)dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, z uwzględnieniem specyfiki usług tj. odrębnie dla usług konkurencyjnych, powszechnie dostępnych, opatrzonych klauzulą JAWNE oraz usług specjalistycznych wymagających zezwolenia w postaci posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli minimum POUFNE III stopnia lub świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli minimum TAJNE/NATO SECRE III stopnia;

2)zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez opisanie ich stosownie do określonych zadań częściowych, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażając je jako minimalne poziomy zgodności, wymagając np. „wykonania lub wykonywania, co najmniej dwóch usług o wartości nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto każdej z nich i wykonaniem tych usług na co najmniej 60 000, 00 m2 powierzchni wewnętrznych oraz wykonywanie usługi na terenach zewnętrznych utwardzonych

i zieleni na co najmniej 500 000,00 m2 (w ramach jednej umowy) oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – wykaz usług stanowi załącznik nr 3 do Ogłoszenia”;

3)ujednoczenia sposobu spełniania warunku doświadczenia przez wykonawców indywidualnych i konsorcja, tak aby żaden z tych podmiotów nie był traktowany preferencyjnie lub dyskryminująco, poprzez zmianę zapisu dot. spełnienia warunku

w zakresie doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w brzmieniu: „W przypadku gdy Wykonawcy wspólnie ubiegają się

o udzielenie zamówienia, Zamawiający uzna warunek doświadczenia za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże wykonanie jednej usługi (kontraktu/umowy) spełniającej powyższe warunki, z tym że każda z tych usług musi być zrealizowana w ciągu ostatnich 5 lat. Ponadto wykonanie przez dwóch lub więcej Wykonawców (Konsorcjum) jednej usługi (kontraktu/umowy) będzie traktowane, jako jedna usługa zrealizowana przez jednego Wykonawcę wchodzącego w skład Konsorcjum w ramach jednej/go usługi (kontraktu/umowy)”, na zapis w brzmieniu zgodnym z przepisami ustawy

w następującym brzmieniu: „W przypadku, gdy Wykonawcy wspólnie ubiegają się

o udzielenie zamówienia, Zamawiający uzna warunek doświadczenia za spełniony, jeśli, co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada wymagane doświadczenie i zrealizuje usługi, do których realizacji to doświadczenie jest wymagane”;

4)wykreślenie wymogu złożenia w załączeniu do wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu Wykazu osób stanowiącego załącznik nr 4 do Ogłoszenia oraz poświadczeń osób i zastąpienie tych dokumentów stosownym oświadczeniem wykonawcy,

5)zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w związku z żądaniami zawartym w pkt 1-4,

w tym w szczególności, odpowiednią do tego żądania zmianę opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych.

Ponadto odwołujący wnioś o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Odwolujący wskazał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 505 ustawy, ponieważ jest wykonawcą, który od 25 lat skutecznie ubiega się o udzielenie zamówień na usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń oraz terenów zewnętrznych w kompleksach wojskowych. Zgodnie z wynikami przetargów publicznych, opublikowanymi w DUWE odwołujący wykonał lub wykonuje przedmiotowe

usługi na rzecz bardzo wielu dużych podmiotów wojskowych takich np. 31 WOG Zgierz, Komenda Portu Wojennego w Gdyni, 21 WOG Elbląg, 15 WOG Szczecin, 6 WOG Ustka, 26 WOG Zegrze, 13 WOG Grudziądz, 17 WOG Koszali wiele innych. W tym stanie rzeczy odwołujący dysponuje wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji niniejszego zamówienia. Obecne postanowienia ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu, warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwią odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu, jak również na rozprawie nie uzasadnił, czy i w jakim zakresie poniósł szkodę. Wykazanie interesu wprost wynika z przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, cyt.: Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Brak wykazania interesu we wniesieniu odwołania stanowi materialno-prawną przesłankę do oddalenia odwołania. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał szkody jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z 27 marca 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 11/23, cyt.: „Odwołujący/Uczestnik nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Tymczasem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie powołał się na przesłankę szkody. Uczestnik nawet nie wskazał, że on jako Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, nie podniósł, że w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał jednej z określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek, tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Sąd Okręgowy - przy tak postawionym zarzucie Skarżącego i jego powtórzonym z postępowania odwoławczego uzasadnieniu, uważnie prześledził każde słowo uczestnika zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do jednej z przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Samo posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu, który złożył ofertę w postępowaniu - i nawet wskazanie, że zajął 2 pozycję w rankingu oceny ofert - nie jest wystarczające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych. Podsumowując, w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił zarówno twierdzenia, jak i jego uzasadnienia”. (...). „Krajowa Izba Odwoławcza nie może się domyślać przesłanki, nie może jej domniemywać. Co więcej Uczestnik nie tylko, że nie wykazał spełnienia tej przesłanki, ale również nie podniósł żadnej argumentacji w tym zakresie, nawet na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tymczasem brak wskazania na szkodę, jaką mógłby ponieść odwołujący w wyniku rzekomego naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego, obligowało Krajową Izbę Odwoławczą do oddalenia odwołania. Przesłanka ta - wobec braku twierdzenia Odwołującego wymaganego art. 505 ust 1 Pzp - nie może być przedmiotem interpretacji stanu faktycznego sprawy dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą za Odwołującego. Słusznie podniesiono w skardze, iż obowiązkiem Izby jest jedynie ocena wskazanych przez odwołującego przesłanek.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do

stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Analiza omawianego przepisu ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.

Prawidłowo w tym zakresie podnosi Skarżący, iż interesem w uzyskaniu zamówienia nie jest wskazywana przez Odwołującego "konieczność zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo)". Wprowadzie szerokie zakreślenie w ustawie kręgu osób legitymowanych do wniesienia środka ochrony prawnej ma swoje źródło w postanowieniach art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, jednakże który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Sąd Okręgowy, Sąd Zamówień Publicznych ponownie wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, nie została wykazana. Jak zostało już wskazane powyżej, kolejna materialnoprawna przesłanką wniesienia odwołania, czyli zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody, nie została spełniona przez Odwołującego (Odwołujący nigdy nie powołał się na nią) Pzp nie wskazuje czy chodzi o stratę (tj. szkodę majątkową), czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową).

W zakresie omawianej przesłanki, Odwołujący w ogóle nie przedstawił żadnego twierdzenia i żadnej argumentacji. Bezprawne było twierdzenie Izby, iż przesłanka szkody w tym wypadku jest oczywista, bowiem obowiązek wskazania na szkodę we wniesieniu odwołania spoczywał na Odwołującym, a nie na Krajowej Izbie Odwoławczej.

Reasumując tę część rozważań Sądu Okręgowego, zasadnym jest podniesienie, że brak wykazania spełnienia przesłanek wynikających z art. 505 ust. 1 Pzp stanowiło wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu".

Analogiczne stanowisko przyjęła również Izba w wyroku z 30 lipca 2024 roku, sygn. akt KIO 2410/24, które Izba rozstrzygająca przedmiotowe odwołanie w całości podziela.

Nadto, w odniesieniu do zarzutów, które były przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę (zaniechania podzielenia zamówienia na części i w konsekwencji brakiem opisanego udziału w postępowaniu proporcjonalnie do wydzielonych części zamówienia),

w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podziela w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Odwołujący swoim odwołaniem szeroko prezentował argumentację wskazującą na rzekomą możliwość podzielenia zamówienia na części. Odwołujący wskazywał m.in.,

że biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowego postępowania, ukształtowany rynek właściwy dla przedmiotu niniejszego zamówienia, należy stwierdzić, iż opis przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu:

- prowadzą do uprzywilejowania wykonawcy, który realizuje dotychczasową umowę
- praktycznie eliminują jakąkolwiek konkurencję, co prowadzi do zawężenia konkurencji, która ma charakter „sztuczny” w rozumieniu motywu 74 preambuły dyrektywy klasycznej,
- nie sprzyjają obniżeniu ceny oferty, godząc w cel przetargu publicznego, którym jest racjonalne i efektywne ekonomicznie wydatkowanie środków publicznych,
- stanowią środek nadmierny, niekonieczny i nieproporcjonalny do rodzaju i zakresu zamówienia oraz do zakładanego celu i potrzeb (powołując się na orzecznictwo KIO).

Odwołujący stwierdził, że zarzuty odwołania w zakresie naruszenia przez zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 i 17 ustawy oraz przepisów art. 99 ustawy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, znajdują uzasadnienie w przepisach ustawy i dyrektyw unijnych, orzecznictwie oraz w komentarzu UZP.

Naczelną zasadą, jaką zamawiający winien kierować się określając opis przedmiotu zamówienia i warunki udziału w postępowaniu, jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu

i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju, zakresu i rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia. Na tle dorobku orzeczniczego TSUE można uznać, że właściwym narzędziem dla oceny, czy wprowadzane warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert itp. są proporcjonalne jest przeprowadzenie tzw. testu proporcjonalności w stosunku do podejmowanych rozstrzygnięć i decyzji. Oznacza to sprawdzenie, czy spełniają one cztery przesłanki: czy są stosowane w sposób niedyskryminujący, czy są uzasadnione względami interesu publicznego, czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz czy nie są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków). Nie jest zatem wystarczający np. sam związek warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, ale powinny być one odpowiednie i wystarczające do osiągnięcia celu, w jakim są stawiane.

OPZ odpowiadać powinien uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, rozumiany jako element interesu publicznego. Sporządzając opis przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien mieć na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażone w art. 16 i 17 i 99 ust. 2 i 4 ustawy. Nie powinno utożsamiać się automatycznie ze zbiorowym interesem publicznym rozmaitych odcinkowych interesów organów zarządzających i nie mogą one usprawiedliwiać odstępowań od: prowadzenia przetargu zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, których mowa w art. 16 i 17 ustawy i opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 99 ust.2 i 4 ustawy.

Przepis art. 99 ust. 4 ustawy wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców. Przepis ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 ustawy przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Cel regulacji z art. 99 ust. 4 ustawy można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że: niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 ustawy zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Przez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt.

Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany. Zapisami eliminującymi określonych wykonawców będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę to taki opis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony.

Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się

w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu prawidłowe podzielenie zamówienia na części bądź też celowo nie dokonuje podziału zamówienia na części, kierując się bliżej nieuzasadnionym interesem własnym. Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja

zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 16 ust. 1 ustawy tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający jako organizator przetargu jest uprawniony do określenia w opisie przedmiotu zamówienia swoich oczekiwań i potrzeb dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności, a także ma swobodę w podziale zamówienia na części. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia uczciwej konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Ograniczenie konkurencji, w kontekście normy art. 99 ust. 4 ustawy bada się na rynku właściwym, tj. rynku określonych usług.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Ustęp 2 stanowi, że zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie natomiast z dyspozycją przepisu art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp - Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II z wyjątkiem art. 83, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 2, art. 92, art. 94, art. 100–102, art. 110 ust. 2 i 3, art. 115 ust. 2, art. 125 ust. 2, 3 i 6, art. 126 ust. 1 i 2, art. 127, art. 222 ust. 2–5, art. 245 ust. 6 i art. 262.

W związku z powyższym, zamawiający nie ma i nie miał obowiązku wskazywania powodów niedokonania podziału zamówienia na części. Oznacza to, że zarzuty odwołującego, który kwestionował dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez zaniechanie zamawiającego dokonania podziału zamówienia na części, co do zasady są bezprzedmiotowe, gdyż zamawiający w myśl wyżej wskazanych przepisów nie ma obowiązku wyjaśniania czy też wykazywania wykonawcy podstaw takich decyzji z uwagi na charakter podmiotowy zamawiającego i związany z tym zakres, który dotyczy zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

Niemniej wskazać należy, że zarzuty odwołującego są bezzasadne również z tego powodu, że okoliczność, iż odwołujący nie legitymuje się odpowiednim doświadczeniem zawodowym opisanym przez zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu, nie może kwalifikować takiego opisu jako niezgodnego z obowiązującymi przepisami. Kwalifikacja podmiotowa ustalona przez zamawiającego w postępowaniu ma bowiem na celu udzielenie zamówienia wykonawcy, który kompleksowo będzie w stanie zrealizować przedmiot usługi z uwzględnieniem posiadanego przez takiego wykonawcę doświadczenia. Okoliczności podnoszone przez odwołującego, że na rynku podmioty zamawiające, tożsame z zamawiającym, dokonują podziału zamówienia na części nie są właściwe z tego względu, że każdy zamawiający w sposób zindywidualizowany do swoich potrzeb i wymagań ustala taki sposób realizacji zamówienia, jaki wymagają charakterystyczne dla takiego zamawiającego warunki. W szczególności w zakresie zamówień udzielanych w dziedzinie obronności

i bezpieczeństwa okoliczności z tym związane wymagają szczególnej uwagi i dokładnej analizy. Zdaniem Izby nie jest przejawem ograniczenia konkurencji wymóg realizacji zamówienia jako całości, pomimo że dotyczy różnych miejsc świadczenia usługi o różnych stopniach bezpieczeństwa (odpowiednie klauzule bezpieczeństwa przemysłowego o różnych stopniach), tym bardziej, że według oświadczenia pełnomocnika odwołującego, odwołujący posiada odpowiednie certyfikaty. Oznacza to, że odwołujący ma możliwość świadczenia usługi w całym zakresie opisanym przez zamawiającego. Ograniczeniem jest jedynie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia). Zdaniem Izby okoliczność, że odwołujący samodzielnie nie może wykazać się odpowiednim doświadczeniem nie ogranicza mu prawa do wykorzystania opcji wynikających bezpośrednio z ustawy Pzp, takich jak: zawiązanie konsorcjum czy skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego.

Ponadto podnieść należy, iż obecna sytuacja geopolityczna i związane z tym przyjęte zasady bezpieczeństwa państwa, wymagają wręcz od zamawiającego takiego działania, w tym w szczególności umożliwiając realną i rzetelną kontrolę nad osobami wykonującymi zamówienie, które zminimalizuje naruszenie tych zasad. Oczywistym jest więc, że jeden wykonawca wykonujący całe zamówienie będzie rozwiązaniem korzystniejszym

i bezpieczniejszym niż wielość podmiotów.

Jak zasadnie wskazywał zamawiający, dokonany opis przedmiotu zamówienia, w tym brak dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, mając na względzie przedmiot prowadzonego postępowania, w tym przede wszystkim charakter i sposób wykonywania usługi kompleksowego utrzymania czystości i charakter kompleksów wojskowych, na których usługa ma być świadczona, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady efektywności, przejrzystości i proporcjonalności oraz przepisów chroniących konkurencję na rynku właściwym. Dokonany opis w żaden sposób nie faworyzuje wbrew twierdzeniom odwołującego się jednego wykonawcy ani nie prowadzi do zastosowania trybu niekonkurencyjnego w stosunku do przedmiotu usługi w zakresie, którego istnieje konkurencja. Zamawiający prowadzi i prowadził już wielokrotnie postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem.

Dokonany opis z wyłączeniem podziału zamówienia na części nie stanowi podstaw do wykorzystywania pozycji monopolistycznej przez jednego z wykonawców i nie eliminuje innych wykonawców uniemożliwiając im złożenie ofert w postępowaniu. Reguły i warunki opisane są przez zamawiającego w sposób jasny i przejrzysty, a określone wymogi są proporcjonalne do przedmiotu i efektu, który zamierza w wyniku prowadzonego postępowania osiągnąć zamawiający zarówno w odniesieniu do jakości usług, jak również stosunku nakładów do efektów. Dopuszczenie składania przez wykonawców ofert częściowych jest wyłącznym autonomicznym uprawnieniem zamawiającego a nie obowiązkiem nawet w przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny. Jak z powyższego wynika wykonawca nie może żądać nawet powołując się na zasady racjonalności, konkurencyjności i gospodarności podziału zamówienia na części, tylko z tego powodu, że powyższe umożliwi mu złożenie oferty

w prowadzonym postępowaniu. Mając na względzie charakter kompleksów wojskowych

i obiektów zlokalizowanych na tych kompleksach, wyłączając możliwość podziału zamówienia na części zamawiający dokonał analizy potrzeb w sposób racjonalny i obiektywny zakładający osiągnięcie jak najlepszych rezultatów i sposobu realizacji usługi, a zastosowany tryb i jego warunki zapewniają osiągnięcie tego celu bez naruszenia obowiązujących w pzp zasad. Przeprowadzona przez zamawiającego analiza warunków i podstaw oraz zasad przeprowadzenia postępowania prowadzi w ocenie zamawiającego do wykluczenia zastosowania podziału zamówienia na części. Podział zamówienia na część ze względu na charakter obiektów wojskowych i ich szczególną ochronę powodowałby nadmierne trudności techniczne związane z realizacją przedmiotu umowy przez dwa lub więcej podmiotów na jednym kompleksie wojskowym, a także potrzebą skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia niejednokrotnie na jednym kompleksie wojskowym czy nawet jednym budynku w danym kompleksie. W ocenie zamawiającego powyższe poważnie zagrażałoby właściwemu wykonaniu zamówienia, a także wbrew odwołującego się mogłoby powodować i powodowało wzrost kosztów wykonania zamówienia poprzez m. in. konieczność zwiększenia ilości osób nadzorujących realizację zamówienia czy też zapewnienia warunków dla kilku podmiotów w zakresie pomieszczeń technicznych.

Zamawiający jako administrator i dysponent środków budżetu państwa III stopnia jedynie uprawniony do zaciągania zobowiązań i wydatkowania środków budżetowych w zakresie swojego działania jest zobowiązany do zaspokojenia potrzeb w zakresie utrzymania czystości i porządku w 20 kompleksach wojskowych. Ze względu na specyfikę kompleksów i wymogi użytkowników, fakt występowania kilku klauzul w zakresie ochrony informacji niejawnych na jednym kompleksie i w zakresie jednego budynku w kompleksach, w ocenie zamawiającego dzielenie zamówienia na części jest nieracjonalne i powodowałoby, jak wykazano wyżej także konieczność zabezpieczenia przez zamawiającego funkcjonowania na terenie jednego kompleksu wojskowego kilku firm, np. kompleks (...) (jawna + zastrzeżona), (...) 147 (jawna + zastrzeżona), (...) 10 (jawna + zastrzeżona + poufna), (...) (zastrzeżona + poufna + tajna + NATO SECRET).

Bezpodstawny jest zarzut odwołującego się, że dominującą część zamówienia stanowią usługi o klauzuli „jawne”. Z dokonanej przez zamawiającego analizy i zestawienia wynika,

że w odniesieniu do powierzchni wewnętrznych procentowo klauzula „Jawna” stanowi 27,44%, klauzula „Zastrzeżona” - 63,54%, klauzula „Poufna” - 5,84%, a klauzula „Tajna” - 3,18%. Łącznie zatem klauzule niejawne obejmują 72,56%. Powyższe również uzasadnia stanowisko zamawiającego co do braku zasadności podziału zamówienia na części oraz racjonalności takiego działania. Tereny kompleksów wojskowych zarówno wewnętrzne, jak i zewnętrzne są terenami szczególnymi związanymi z obronnością i bezpieczeństwem państwa,

a podstawowym obowiązkiem zamawiającego, poza kwestią wynikającą z przedmiotu prowadzonego postępowania, jest zapewnienie bezpieczeństwa realizacji zadań, minimalizacji zagrożeń, w tym związanych z wykonywaniem zadań przez podmioty zewnętrzne i ich ilością.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....