

WYROK

Warszawa, 16 czerwca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 maja 2026 r. przez wykonawcę Texom Green Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Słupca,

przy udziale wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Texom Green Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 298 zł 00 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 898 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Słupca – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Projekt parasolowy OZE – wsparcie rozwoju odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Słupca. Część 1 – Wykonanie instalacji fotowoltaicznych i magazynów energii dla mieszkańców Gminy Słupca*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 718382-2025.

Wykonawca Texom Green Sp. z o.o. wniósł 4 maja 2026 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i lit. c w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp i w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, przez bezpodstawne i nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, z powodu niewskazania w wykazie dostaw podmiotów, na rzecz których zostały zrealizowane dostawy;

2) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., mimo że w świetle przewidzianych w SWZ kryteriów oceny to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia oceny ofert w Części 1 postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron,

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 6.4 SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia:

Zamawiający uzna ten warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

- a) w ramach jednego lub kilku zamówień (umów), w formule dostawy z montażem, robót budowlanych, lub w formule zaprojektuj i wybuduj wykonał co najmniej 50 mikroinstalacji fotowoltaicznych;*
- b) w ramach jednej lub kilku umów, w formule dostawy z montażem, robót budowlanych lub „zaprojektuj i wybuduj”, co najmniej 30 magazynów energii.*

W punkcie 7.1 lit. b SWZ Zamawiający wskazał, że dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu są: *Wykaz dostaw wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy 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 – Załącznik do SWZ. (składane na wezwanie)* Zamawiający określił wzór wykazu w załączniku nr 4 do SWZ, w którym należało wypełnić m.in. kolumnę: *Miejsce wykonania i podmioty, na rzecz których roboty zostały wykonane.*

Odwołujący, na wezwanie z 25 lutego 2026 r. skierowane na podstawie art.126 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił wykaz dostaw, w którym w Tabeli nr 2 wskazał zestawienie 31 dostaw magazynów energii, wykonanych przez Install Energy N.S. (podmiot udostępniający zasoby). W kolumnie *Miejsce wykonania i podmioty, na rzeczy których roboty zostały wykonane* Odwołujący podał tylko miejsce wykonania przedmiotu zamówienia, nie wskazując danych podmiotów na rzecz, których dane prace zostały wykonane. Odwołujący przedstawił również 31 zanonimizowanych protokołów odbioru i faktur wystawionych w związku ze wskazanymi protokołami odbioru (dane inwestorów zostały zakryte). Na protokołach odbioru widoczne są jedynie nieczytelne podpisy *przedstawicieli inwestora.*

Pismem z 1 kwietnia 2026 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia wykazu dostaw ze wskazaniem podmiotów, na rzecz których zostały wykonane oraz dowodów należytego wykonania tych dostaw sporządzonych przez te podmioty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył przedstawił pismo zawierające następujące stanowisko:

Zgodnie z zasadą minimalizacji danych wynikającą z art. 5 ust. 1 lit. c) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1) (zwanego dalej: RODO), dane osobowe osób fizycznych (w budynkach, w których instalacje były wykonane) zostały zanonimizowane przez podwykonawcę.

Zamawiający w samej treści zamówienia wskazuje, że mają zostać podane dane podmiotów (czyli spółek lub innych jednostek organizacyjnych), a nie dane osób fizycznych na rzecz których realizowane były usługi. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, nie wskazuje obowiązku podania imienia i nazwiska. Brak konkretnego przepisu prawa zamówień publicznych ani w ww rozporządzenia, który nakazywałby podanie imię i nazwiska każdego z klientów, który zamawiał takie roboty.

Na marginesie należy zaznaczyć, że ww rozporządzenie, które jest ministerialnym aktem wykonawczym, nie można interpretować rozszerzająco w stosunku do przepisów RODO, które posiadają rangę prawa unijnego.

Natomiast zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. c) RODO w zw. art. 16 ustawy prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. nie należy żądać informacji nieproporcjonalnych do celu weryfikacji. Wykaz zrealizowanych robót/dostaw ma służyć

wyłącznie potwierdzeniu rodzaju, wartości i zakresu robót/dostaw oraz ich o wykonania. I ten cel Zamawiający osiągnie poprzez weryfikację przekazanych mu przez Wykonawcę informacji potwierdzających doświadczenie podwykonawcy. Natomiast celem nigdy nie powinna być identyfikacja osób fizycznych jako takich.

Weryfikowalność doświadczenia (co jest istotne w zamówieniu) nie jest tożsama z koniecznością identyfikacji osoby prywatnej. Przedłożony przez Wykonawcę wykaz 31 robót umożliwia ocenę spełnienia warunku tj. wykonanie instalacji, wykonanie jej w konkretnym mieszkaniu, z określeniem zakresu dostaw oraz ich rodzaju. Wskazane jest miejsce, czas i sposób wykonania, pozwalające na weryfikację przez Zamawiającego niniejszego faktu. Udostępnienia danych dokonano w takim zakresie, w jakim pozwolą one zweryfikować spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Anonimizacja dokonana przez podwykonawcę nie uniemożliwia sprawdzenia tego warunku. Natomiast żądanie danych osobowych na etapie składania oferty, jest uznawane za nadmierowe, w sytuacji jeśli wystarczające jest konkretne określenie i udowodnienie wykonania robót/dostaw. Oczywiście, aby zachować przejrzystość dokumentacji, podwykonawca dołączył oświadczenie o podstawie anonimizacji danych osobowych. Zaznaczyć należy również, że dane osobowe zostały pozyskane przez podwykonawcę jako Administratora danych w celu realizacji umów zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b RODO (w związku z realizacją usług świadczonych na ich rzecz, gdyżbyło to przetwarzanie niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą) i taki też przekazał obowiązek informacyjny każdej z tych osób w momencie „pozyskania danych” zgodnie z art. 13 RODO czyli przy zawarciu umowy. Występuje tu więc inna sytuacja niż w przypadku pozyskiwania danych w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co do których „Wykonawca powinien wypełnić obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskałem w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu” czyli danych osobowych pracowników wykonawcy oraz podwykonawcy, których doświadczenie podlega sprawdzeniu.

Ponadto Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych w decyzji z dnia 22 października 2018 r. znak: ZSPU.440.379.2018(2) wskazuje, że zasada minimalizacji (...) wprowadza ilościowe ograniczenie zbierania i dalszego przetwarzania danych osobowych, w myśl której dane muszą być odpowiednie i stosowne do osiągnięcia celu ich zebrania, ale jednocześnie nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonego celu. Tym samym przetwarzanie danych w zakresie zbędnym oznacza naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych. Z tego względu przetwarzanie danych, które potencjalnie w przyszłości mogą być użyteczne, nie jest dopuszczalne. Dlatego istotne jest, aby przetwarzanie danych osobowych, w tym ich pozyskiwanie było ograniczone do ścisłego minimum niezbędnego do przeprowadzenia procedury przetargowej. Natomiast sama anonimizacja nie uniemożliwia weryfikacji robót wykonywanych w szczegółowo opisanych nieruchomościach.

W odpowiedzi na punkt 2 wezwania:

wskazujemy, iż przedłożone protokoły odbioru stanowią dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Protokoły te zostały każdorazowo podpisane przez odbiorców dostaw (inwestorów), na rzecz których realizowane były dostawy, co potwierdza ich udział w sporządzeniu dokumentu oraz akceptację jego treści. Podpis odbiorcy złożony na protokole odbioru, potwierdzającym wykonanie dostawy bez zastrzeżeń, należy uznać za jednoznaczne potwierdzenie, że dokument pochodzi od podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, a tym samym spełnia wymagania określone w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Jednocześnie należy wskazać, iż przepisy nie określają szczególnej formy ani wzoru dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, a tym samym dopuszczalne są wszelkie dokumenty, które w sposób wiarygodny potwierdzają ten fakt.

Przedłożone protokoły odbioru spełniają tę funkcję.

Odwolujący przedstawił również oświadczenie Install Energy N.S., żedane wrażliwe Klientów zawarte na fakturach oraz w protokołach odbioru dołączonych do zał. 4 do SWZ zostały częściowo zanonimizowane zgodnie z obowiązującymi przepisami RODO. Zanonimizowane dane będą wykorzystywane wyłącznie do celów udowodnienia, że zamówienia wskazane w wykazie z zał. 4 do SWZ zostały wykonane należyście.

Pismem z 24 kwietnia 2026 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej czynności:

(...) W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że:

- w treści SWZ Zamawiający nie ogranicza definicji podmiotu tylko do „spółki lub innych jednostek organizacyjnych”, w związku zarówno w treści Wykazu Dostaw jak i w treści dokumentów, które potwierdzają należyte wykonanie prac wskazanych wykazie mogą również zostać wskazane dane osób fizycznych;
- na etapie składania ofert nie wpłynęło do Zamawiającego jakiegokolwiek pytanie co do sposobu przedstawiania danych

osób fizycznych;

- zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) – dalej „Rozporządzenie” Zamawiający może żądać wykazu dostaw, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy;

- Zgodnie z art. 19 ust. 5 Ustawy Zamawiający przetwarza dane osobowe zebrane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zabezpieczenie przed ich bezprawnym rozpowszechnianiem;

- Ustawodawca jednoznacznie wskazuje, również, jakich danych osobowych w toku postępowania Zamawiający nie może udostępniać. Zgodnie z art. 74 ust. 4 Ustawy Zamawiający nie może udostępniać danych wskazanych w art. 9 ust. 1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, str. 1 z późn. zm.). We wskazanym katalogu nie znajdują się dane takie jak imię i nazwisko (innymi słowy możliwa jest sytuacja, w której Zamawiający będzie w toku postępowania dokonywał przetwarzania tego rodzaju danych, mając na uwadze treść art. 19 ust. 5 Ustawy);

- w ofercie złożonej w postępowaniu Wykonawca złożył oświadczenie: „Składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadczam, że wypełniłem obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub art. 14 RODO (rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1) wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskałem w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu (w przypadku gdy wykonawca nie przekazuje danych osobowych innych niż bezpośrednio jego dotyczących lub zachodzi wyłączenie stosowania obowiązku informacyjnego, stosownie do art. 13 ust. 4 lub art. 14 ust. 5 RODO treści oświadczenia wykonawca nie składa (usunięcie treści oświadczenia np. przez jego wykreślenie).”

Biorąc powyższe pod uwagę i odnosząc się do wyjaśnień Wykonawcy należy zauważyć, że:

- ograniczenie definicji podmiotu tylko do „spółki lub innych jednostek organizacyjnych” jest bezzasadne. Zgodnie z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ustawodawca wskazuje, że zarówno w treści wykazu jak i w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac winny znaleźć się dane podmiotu, na rzecz którego prace te zostały wykonane. Ustawodawca nie wyłącza możliwości przekazywania w ramach tych danych imienia i nazwiska.

- Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 15.01.2026 roku (KIO 5221/25): „Dyspozycja ww. przepisu wskazuje, że istotne jest pochodzenie dowodu – ma on pochodzić od podmiotu, na rzecz którego realizowano zamówienie. Ponadto, nie jest istotny tytuł dokumentu, a jego treść, która ma potwierdzać należyte wykonanie.” Podobnie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10.12.2024 (KIO 4311/24) wskazano: „zgodnie z obowiązującymi przepisami, jak również w świetle wymagań SWZ, dowodami należytego wykonania usług są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. KONSORCJUM T... nie przedstawiło jednak żadnego dokumentu, który byłby sporządzony przez W(1)... z siedzibą w Szwajcarii.”. Zamawiający nie mając danych podmiotów, na rzecz których prace były wykonane nie dysponuje wiedzą, która umożliwia weryfikację, czy wskazane dokumenty zostały rzeczywiście wystawione przez podmioty, które zlecały wykonanie prac.

- bez znajomości danych osób, na rzecz, których wskazane w Wykazie dostaw prace były wykonane Zamawiający nie ma możliwości skorzystać m.in., ze swoich uprawnień, tj. zgodnie z art. 128 ust. 5 Ustawy Zamawiający nie może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Co już oznacza, że wskazane dokumenty nie spełniają swojej funkcji, a wątpliwości Zamawiającego mogą budzić choćby nie czytelne podpisy pod częścią wskazanych protokołów odbioru;

- Wykonawca wywodzi, że dane dotyczące osób na rzecz, których prace były wykonane są danymi osobowymi, które zostały powierzone pieczy podmiotu trzeciego tj. Pani N.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „I.E.” – dalej „Install Energy”, w związku z czym nie mają do tych danych zastosowania przepisy oświadczenia wskazanego w treści

oferty. Jednocześnie Wykonawca nie wykazuje podjęcia jakiegokolwiek działań w celu samodzielnego pozyskania zgód na przetwarzanie danych osobowych od osób, pomimo świadomości, że zobowiązał się do tego w swojej ofercie. Jednocześnie Wykonawca oczekuje od Zamawiającego preferencyjnego traktowania, sprzecznego z zasadą określoną w art. 16 Ustawy, tj. w sposób spreczny z zasadą równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie, że wskazane przez Wykonawca prace wskazane w Tabeli nr 2 Wykazu Dostaw zostały wykonane należyście z uwagi na brakujące dane w treści zarówno Wykazu dostaw jak i w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie. Zamawiający wyczerpał możliwość dalszych wezwań do uzupełnienia dokumentów: Wykaz dostaw (w zakresie Tabeli nr 2) i dokumentów, które będą potwierdzać należyte wykonanie prac wskazanych w treści Wykazu, co oznacza, że w ocenie Zamawiającego Wykonawca Texom nie wykazał, że spełnił warunki zamówienia, a oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) i lit c) Ustawy.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do art. 16 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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.

W ocenie Izby Zamawiający – odrzucając ofertę Odwołującego – nie naruszył powyższych przepisów. Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie przedstawił bowiem wymaganych w SWZ podmiotowych środków dowodowych, zawierających informacje umożliwiające Zamawiającemu uznanie warunku za spełniony.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że konieczność wskazania podmiotów, na rzecz których zostały wykonane dostawy z montażem, została przez Zamawiającego jasno wyrażona punkcie 7.1 lit. b SWZ oraz we wzorze wykazu dostaw. Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń dotyczących treści dokumentów zamówienia w tym zakresie, nie wnioskował o udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień ani nie wniósł odwołania na treść SWZ. Jednocześnie za nieuzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego, że wyrażone w SWZ i mające oparcie w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych żądanie wskazania podmiotów, na rzecz których wykonano dostawy, dotyczy tylko spółek lub innych jednostek organizacyjnych, nie zaś osób fizycznych. Brak jest jakichkolwiek podstaw do takiej interpretacji. Określenie *podmiot* odnosi do każdego odbiorcy dostaw, bez względu na to, czy jest osobą fizyczną, osobą prawną, czy jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Biorąc powyższe pod uwagę, w świetle przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w świetle oraz niezakwestionowanego brzmienia SWZ, Odwołujący zobowiązany był podać w wykazie usług dane podmiotów, na rzecz których wykonał dostawy oraz przedstawić dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, sporządzone przez te podmioty. Dotyczy to również sytuacji, gdy podmiotami tymi są osoby fizyczne.

Odwołujący przedstawił w wykazie dostaw jedynie miejsce wykonania dostaw, bez wskazania podmiotów, na

rzecz których zostały wykonane. Ponadto, Odwołujący złożył dokumenty mające potwierdzać należyte wykonanie dostaw, w których dane inwestorów zostały ukryte, nie sposób zatem ustalić, czy zostały one rzeczywiście sporządzone przez podmioty, na rzecz których wykonano dostawy. Dokumenty zostały bowiem zanonimizowane, a widniejące na protokołach odbioru nieczytelne podpisy osób określonych jako przedstawiciele inwestora, nie pozwalają ustalić, kto tym inwestorem był. W konsekwencji Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Nietrafna jest argumentacja Odwołującego, że wskazaniu podmiotów, na rzecz których wykonano dostawy, będących osobami fizycznymi, stały na przeszkodzie przepisy RODO. Dostrzeżenia wymaga, że dane osobowe udostępniane przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają ochronie, a ustawa Pzp zawiera regulacje zapewniające zgodność udostępniania i przetwarzania danych osobowych z RODO. Jak stanowi art. 19 ustawy Pzp:

- 1. Zamawiający może realizować obowiązki informacyjne, o których mowa w rozporządzenia, przez zamieszczenie wymaganych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*
- 2. Skorzystanie przez osobę, której dane osobowe dotyczą, z uprawnienia do sprostowania lub uzupełnienia, o którym mowa w rozporządzenia, nie może skutkować zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia ani zmianą postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie niezgodnym z ustawą.*
- 3. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zgłoszenie żądania ograniczenia przetwarzania, o którym mowa w rozporządzenia, nie ogranicza przetwarzania danych osobowych do czasu zakończenia tego postępowania.*
- 4. Zamawiający informuje o ograniczeniach stosowania przepisów rozporządzenia, o których mowa w ust. 2 i 3, w ogłoszeniu o zamówieniu, w dokumentach zamówienia lub w inny sposób dostępny dla osoby, której dane osobowe dotyczą.*
- 5. Zamawiający przetwarza dane osobowe zebrane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zabezpieczenie przed ich bezprawnym rozpowszechnianiem.*

Ponadto, zgodnie z art. 74 ust. 4 ustawy Pzp, udostępnianie protokołu postępowania i załączników do tego protokołu, *ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w rozporządzenia, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ograniczenia zasady jawności, o których mowa w ust. 3 i, stosuje się odpowiednio.*

Przepisy ustawy Pzp regulują zatem sposób postępowania z danymi osobowymi przekazywanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nakładając na zamawiających stosowne obowiązki oraz przewidując wyłączenia jawności tych danych tam, gdzie tego wymagają przepisy RODO. Tym samym wykonawca nie może, powołując się na ochronę danych osobowych, w tym zasadę minimalizacji przetwarzania i udostępniania danych osobowych, zaniechać przekazania informacji wymaganych przepisami prawa i postanowieniami dokumentów zamówienia, niezbędnych do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że brak wskazania podmiotów, na rzecz których wykonano dostawy, nie uniemożliwia weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu i uznania za wiarygodne dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, że brak możliwości zidentyfikowania tych podmiotów prowadzi do sytuacji, w której niemożliwym jest ustalenie należytej realizacji dostaw czy też wyjaśnienie wątpliwości dotyczących składanych przez Odwołującego dokumentów w oparciu o dyspozycję art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Słusznie wskazał Zamawiający, że skoro zgodnie z rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych dokumenty te muszą zostać sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, to brak możliwości jego określenia na podstawie zarówno treści wykazu dostaw, jak i protokołów odbioru i faktur, uniemożliwia ustalenie, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Bez znaczenia jest przy tym szacowane przez Odwołującego niskie prawdopodobieństwo prób skontaktowania się odbiorcami dostaw w celu zweryfikowania przekazanych w postępowaniu informacji. Opieranie się na tego rodzaju założeniach prowadziłoby do niedopuszczalnej dowolności w określaniu zakresu danych przekazywanych przez wykonawcę, wbrew jasnym dyspozycjom przepisów prawa i dokumentów zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który postępowanie Zamawiającego określił jako nazbyt formalistyczne. W ocenie Izby, zaakceptowanie podmiotowych środków dowodowych uniemożliwiających identyfikację podmiotów, na rzecz których wykonano dostawy, naraziłoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności naruszenie to polegałoby na zróżnicowaniu sytuacji wykonawców i ich obowiązków dowodowych w zależności od tego, czy wykonywali dostawy na rzecz osób fizycznych,

czy innych podmiotów.

Nietrafna jest argumentacja Odwołującego, który podniósł, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie usiłuje nawet wykazywać, że Texom Green materialnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że skoro wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych o treści pozwalającej stwierdzić, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, to oznacza, że spełniania warunku nie wykazał. W takiej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do samodzielnego poszukiwania dowodów na to, że wykonawca *materialnie* te warunki spełnia, słusznie zatem odrzucił ofertę Odwołującego m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Izba nie podziela również poglądu Odwołującego, który podniósł, że *ewentualne wątpliwości w tym zakresie zamawiający mógł usunąć w sposób mniej dotkliwy i bardziej proporcjonalny do celu, któremu kwestionowane dokumenty służą (np. wskazując na konkretne, a nie ogólne wątpliwości, względem prawdziwości poszczególnych dokumentów i konieczność ich dodatkowej weryfikacji)*. Stąd sięgnięcie przez Zamawiającego do ostatecznej sankcji jaką jest odrzucenie oferty należy uznać za niezgodne z zasadą proporcjonalności. W sytuacji, gdy Zamawiającemu nie przekazano informacji o podmiotach, na rzecz których zostały wykonane dostawy, nie miał on żadnych podstaw, aby jedne dokumenty uznać za wiarygodne, a innych – z jakichś konkretnych powodów – nie. W przedmiotowej sprawie istnieje bowiem jedna ogólna wątpliwość o zasadniczym charakterze, tj. na czyją rzecz zostały wykonane dostawy i czy podmioty te rzeczywiście potwierdziły ich należyte wykonanie.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b i § 8 ust. 2, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:.....