

Sygn. akt: KIO 3397/22

WYROK
z dnia 3 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn z siedzibą w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie** na rzecz **Gminy Olsztyn z siedzibą w Olsztynie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Olsztyn z siedzibą w Olsztynie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest obsługa bankowa budżetu Gminy Olsztyn wraz z jednostkami organizacyjnymi.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 września 2022 r., nr 2022/S 184-519703.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) 3 Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że Bank Handlowy spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej określony w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 ppkt 2 lit. b) SWZ, tj. dysponuje na terenie Miasta Olsztyna co najmniej dwiema placówkami bankowymi, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów, położonych na osiedlu Śródmieście/Kościuszki i Jaroty/Pieczewo (dalej jako „Warunek”), podczas gdy wykonawca ten nie wykazał skutecznie dysponowania takimi placówkami, w rezultacie czego oferta Banku Handlowego powinna zostać uznana za podlegającą odrzuceniu jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego Warunku;
- 2) art. 119 w zw. z art. 122 Pzp przez błędne uznanie, że Impel Cash Solutions Sp. z o.o. (dalej jako „Impel”) skutecznie zobowiązał się wobec Banku Handlowego do oddania zdolności technicznych pozwalających na wykazanie przez tego wykonawcę spełnienia Warunku, podczas gdy z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynikają, które konkretnie placówki bankowe (i w których lokalizacjach) zostaną udostępnione, w rezultacie czego zamawiający błędnie zaniechał wezwania Banku Handlowego, aby zastąpił on Impel innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia Warunek;
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym poprzez ocenę spełnienia warunku przez Bank Handlowy w oparciu o jego interpretację, która wykluczała możliwość obiektywnej i zgodnej z przepisami Pzp weryfikacji podmiotowej tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty złożonej przez Bank Handlowy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że jeden z warunków udziału w postępowaniu, odnoszący się do zdolności technicznej wykonawcy, dotyczył posiadania w określonych lokalizacjach na terenie Miasta Olsztyn co najmniej dwóch placówek bankowych, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych przez nie umów. W celu wykazania spełnienia warunku zamawiający wymagał złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu placówek bankowych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia (Rozdział VII ust. 8 pkt 4 SWZ).

Zdaniem odwołującego, tak określony warunek był proporcjonalny i związany z przedmiotem udzielanego zamówienia. Intencją zamawiającego – wyrażoną zresztą wprost w opisie warunku – było zapewnienie, aby wykonawca posiadał niezbędną infrastrukturę, która umożliwi pracownikom zamawiającego (i jego jednostek organizacyjnych) możliwości załatwienia bieżących spraw bezpośrednio w oddziale banku. W tym celu zamawiający zasadnie wymagał od wykonawców wykazania, że dysponują takimi placówkami.

Odwołujący wskazał także, że treść warunku nie była przez wykonawców kwestionowana. Wskazywał, że jedynie jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji w następującym zakresie (pytanie nr 12 opublikowane wraz z odpowiedzią w dniu 17 października br.):

„Dotyczy Warunków udziału w postępowaniu – zdolności technicznej Wykonawcy – Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi. W związku z powyższym podmiotowy środek dowodowy stanowiłby wykaz placówek lub oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu placówkami na dzień rozpoczęcia obsługi.”

Odwołujący wskazał, że na wniosek ten udzielono następującej odpowiedzi: *„Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi, w których Jednostki organizacyjne będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów zlokalizowanych odpowiednio w osiedlach: Śródmieście/Kościuszki – 1 (jedna), Jaroty/Pieczewo – 1 (jedna).”*

Odwołujący podniósł, że jednocześnie Zamawiający nie dokonał odpowiedniej zmiany treści SWZ czy ogłoszenia o zamówieniu, a zatem oba te dokumenty dalej wskazywały na obowiązek dysponowania takimi placówkami – wobec braku odmiennych postanowień – na dzień składania oferty.

Kolejno odwołujący wskazał, że do oferty złożonej przez Bank Handlowy załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Impel, z którego wynikało, że udostępni on na rzecz wykonawcy następujące zasoby: *„Zorganizowanie i prowadzenie na rzecz Banku Handlowego w Warszawie S.A. („Bank”) dwóch placówek, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów, przy czym czynności wpłat otwartych i zamkniętych, dokonywanie wypłat otwartych i zamkniętych, przyjmowanie płatności za pomocą terminali POS będzie wykonywał podwykonawca, w pozostałym zakresie, z wykorzystaniem niżej wymienionych placówek, czynności będzie wykonywał Bank. (...) od dnia rozpoczęcia obsługi bankowej tj. od 01.02.2023 r. przez cały okres świadczenia zamówienia tj. do dnia 31.01.2027 r.”*

Odwołujący wskazał także, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Bank Handlowy przedstawił wykaz wskazujący na dwa adresy przyszłych placówek, zaś jako podstawę dysponowania nimi wskazał „Umowę o podwykonawstwo – outsourcing bankowy, w rozumieniu art. 6a prawa bankowego”. Ponadto dokumencie tym wykonawca poczynił następujące zastrzeżenie: *„Bank oświadcza, że na dzień 25.11.2022 r. został dokonany wstępny wybór powyższych lokalizacji Placówek oraz rozpoczęta została procedura rezerwacyjna. Obecnie realizowane są czynności związane z techniczną oceną lokalizacji m.in. pod względem bezpieczeństwa, IT, wymogów wewnętrznych Banku. W związku z powyższym powyższe adresy mogą ulec zmianie na dzień rozpoczęcia obsługi – nawiązując do odpowiedzi z dnia 17 października 2022 r. nr 12 potwierdzającej, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi.”*

Zdaniem odwołującego, zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do tego, czy Bank Handlowy skutecznie potwierdził spełnienie warunku i w rezultacie w dniu 5 grudnia br. wezwał wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 Pzp do złożenia uzupełnionego wykazu wskazując, że: *„(...) Wykonawca miał obowiązek na dzień złożenia swojego oświadczenia potwierdzić, iż wymienionymi w wykazie placówkami będzie dysponował na dzień rozpoczęcia świadczenia usługi. Złożony przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. wykaz placówek bankowych wskazuje wymagane placówki, lecz z wykazu nie wynika, że będą one w dyspozycji Wykonawcy na dzień rozpoczęcia świadczenia usług. W oświadczeniu Wykonawca poinformował, że rozpoczął jedynie wstępny wybór lokalizacji placówek, zaznaczając jednocześnie, że wskazane adresy placówek mogą ulec zmianie.”*

Odwołujący wskazał także, że w odpowiedzi na to wezwanie Bank Handlowy nie odniósł się w żaden sposób do wątpliwości Zamawiającego i przedstawił wykaz tych samych placówek i podstawy dysponowania nimi, który od poprzedniego różnił się jedynie brakiem wzmianki odnośnie rezerwacji tych lokalizacji i możliwości ich zmiany.

Odwołujący podniósł, że zredagowany przez zamawiającego warunek w sposób oczywisty – jakkolwiek uzasadniony specyfiką zamówienia – ograniczał krąg potencjalnych wykonawców jedynie do tych, którzy (najpóźniej na moment upływu terminu składania ofert) posiadali wymagane placówki. Zdaniem odwołującego, z odpowiedzi na pytanie nr 12 wynikało, że zamawiający uwzględni również posiadanie placówek istniejących dopiero na moment rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Innymi słowy, z dokumentacji postępowania wynikało, że wymagane jest posiadanie zdolności technicznej na moment upływu terminu składania ofert (skoro zamawiający nie zmienił brzmienia warunku, dokonując odpowiedniej zmian dokumentacji postępowania), lecz jednocześnie możliwe będzie skuteczne powołanie się na zdolności „przyszłe”, istniejące dopiero w momencie przystąpienia do realizacji umowy.

Zdaniem odwołującego, wewnętrzna sprzeczność takiego rozwiązania, jak i jego niedopuszczalność na gruncie przepisów Pzp, jest oczywista. Istotą oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest potwierdzenie, że wykonawca posiada określony potencjał na moment upływu terminu składania ofert, a nie przypuszczenie, że dopiero go uzyska w przyszłości (np. do momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia lub w innym terminie). Według odwołującego, ekspektatywa uzyskania wymaganych zasobów w przyszłości (szczególnie po zakończeniu postępowania, z czym zamawiający będzie miał do czynienia w przypadku oferty Banku Handlowego) nie może zastąpić wykazania ich posiadania na dzień upływu terminu składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. na moment, który zamawiający powinien brać pod uwagę, dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie odmiennej koncepcji podważyłoby możliwość skutecznej weryfikacji podmiotowej wykonawców, bowiem zawsze mogliby się tłumaczyć, że jakkolwiek na moment składania oferty danego zasobu jeszcze nie posiadają, to jednak zapewnają o jego uzyskaniu najpóźniej na etapie realizacji zamówienia. Rozwiązanie to jest jednak nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców.

Odwołujący argumentował, że określanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obowiązkiem, lecz uprawnieniem zamawiającego. Może on polegać na samych zapewnieniach wykonawcy o tym, że składając ofertę zobowiązuje się należycie zrealizować udzielane zamówienie i posiada ku temu wymagane zasoby (sformułowanie często używane we wzorach formularzy ofertowych). Jednak w takim przypadku nie powinien w ogóle formułować warunków udziału

w postępowaniu, Jeżeli decyduje się na weryfikację zasobów wykonawców niezbędnych do realizacji danego zamówienia, to jednocześnie musi zapewnić, że będzie ona skuteczna. Odwołujący wskazywał, że zamawiający może oczekiwać, że określone zasoby będą dostępne dopiero na etapie realizacji zamówienia, a jednocześnie nie weryfikować ich posiadania na etapie samego postępowania. W tym celu wystarczające jest zastrzeżenie odpowiednich wymagań w treści umowy (np. wykonywanie zamówienia przy wykorzystaniu co najmniej dwóch placówek). Wówczas jednak taki wymóg przestaje mieć charakter podmiotowy, a staje się elementem przedmiotu zamówienia. Odwołujący argumentował, że w postępowaniu zamawiający nie usunął warunku z treści SWZ czy ogłoszenia. Nie uległ on zmianie i dalej wskazywał na konieczność posiadania placówek w momencie złożenia oferty, a nie – dopiero na etapie przystąpienia realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, nie było więc możliwe powołanie się – tak jak to uczynił Bank Handlowy – na przyszłe, hipotetycznie kiedyś dostępne mu zasoby w postaci dwóch placówek, obecnie wciąż niefunkcjonujących. Przyjęcie takiej koncepcji nakazywałoby uznanie, że weryfikacja podmiotowa w postępowaniu miała charakter iluzoryczny. Według odwołującego, za brakiem wpływu odpowiedzi na pytanie nr 12 na treść warunku przemawia właśnie brak odpowiedniej zmiany SWZ i ogłoszenia. Jeżeli bowiem zamiarem zamawiającego było umożliwienie powołania się na taki „przyszły potencjał” (pomimo zastrzeżeń co do dopuszczalności tego rozwiązania w świetle Pzp), to wówczas konieczne było dokonanie formalnej zmiany obu tych dokumentów. Zamawiający nie udzielił bowiem wyjaśnień co do sposobu rozumienia warunku, lecz istotnie zmodyfikował jego treść.

Zdaniem odwołującego, w rezultacie, gdyby uznać, że wyjaśnienia treści SWZ skutecznie zmodyfikowały treść warunku, to tym samym warunek uległ bardzo dalekiemu złagodzeniu, w stosunku do tego, co wynikało z dokumentacji postępowania opublikowanej na platformie zakupowej Zamawiającego i w Dzienniku Urzędowym UE. Pierwotna treść Warunku – formalnie obowiązująca do momentu składania ofert – istotnie bowiem ograniczała krąg wykonawców do podmiotów, które już posiadały placówki bankowe w Olsztynie.

Gdyby zatem uznać, że zamawiający skutecznie zmienił warunek tak dalece go łagodząc, a jednocześnie nie wprowadził odpowiednich zmian w ogłoszeniu i SWZ, to tym samym należy stwierdzić, że nie zakomunikował innym potencjalnym wykonawcom (nie posiadającym placówek w Olsztynie) możliwości wzięcia udziału w postępowaniu i pozbawił ich szansy ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Według odwołującego, ciężko bowiem oczekiwać od wykonawców, aby analizowali wyjaśnienia treści SWZ w sytuacji, gdy już na początku postępowania ustalili, że nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zmiany tak istotne, bowiem dotyczące warunków udziału w postępowaniu – a nie jedynie wyjaśniające ich zakres czy interpretację – powinny

być publikowane w sposób efektywnie zapewniający innym wykonawcom zapoznanie się z dokonaną modyfikacją. Według odwołującego, sposobem tym jest zmiana specyfikacji warunków zamówienia (art. 137 ust. 1 i 2 Pzp), która pociąga za sobą konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu (art. 137 ust. 4 Pzp), nie zaś wyjaśnienia do treści SWZ (art. 135 ust. 1). Zdaniem odwołującego, dlatego odpowiedź nr 12 należy uznać za pozostającą bez wpływu na treść warunku. Odmienna ocena tej kwestii nakazywałaby uznać, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt. 6 Pzp. Odwołujący wskazywał jednak, że nie podziela takiego stanowiska, bowiem w jego ocenie postępowanie nie jest obarczone aż tak istotną wadą. Cała przedstawiona wyżej argumentacja przemawia bowiem za możliwością zakończenia postępowania poprzez wybór oferty wykonawcy, który na etapie składania ofert spełniał warunek i posiadał wymagane dwie placówki.

Według odwołującego, Zamawiający dostrzegł niekonsekwencję swoich działań. W wezwaniu do złożenia prawidłowego wykazu placówek na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp słusznie zwrócono uwagę, że z pierwotnie złożonego dokumentu wynika, iż „Wykonawca poinformował, że rozpoczął jedynie wstępny wybór lokalizacji placówek, zaznaczając jednocześnie, że wskazane adresy placówek mogą ulec zmianie”. Tak niefortunnie udzielona odpowiedź na pytanie nr 12 spowodowała w istocie, że nie było wiadome, w jaki sposób dokonać oceny spełnienia warunku. Zdaniem odwołującego, w przypadku Banku Handlowego jest bowiem oczywiste, że w momencie składania oferty nie posiadał tych placówek, lecz dopiero zamierzał je zorganizować, nie przesądzając o ich lokalizacji. W rezultacie wykonawca zgodnie z prawdą przyznał w wykazie z dnia 25 listopada br., że placówki są fazy przygotowań, zaś ich adresy mogą ulec zmianie. Zresztą także ze zobowiązania Impel jako podmiotu trzeciego wynikało, że jako podwykonawca dopiero zorganizuje on te placówki, również nie wskazując konkretnych adresów. To z kolei uzasadnia zarzut naruszenia art. 119 w zw. z art. 120 Pzp w zakresie oceny skuteczności udostępnienia zasobów przez Impel.

Zdaniem odwołującego, dopiero na skutek wezwania zamawiającego Bank Handlowy dostrzegł, że na skutek takiego (zgodnego z rzeczywistym zamiarem wykonawcy) oświadczenia zostanie stwierdzone, że jednak nie spełnia warunku – dlatego w uzupełnionym wykazie ograniczył się jedynie do wskazania placówek, nie podając już szczegółów z nimi związanych. W takim jednak przypadku zamawiający na podstawie całokształtu oświadczeń Banku Handlowego powinien był stwierdzić, że wykonawca ten ani nie dysponował wymaganymi placówkami na moment złożenia oferty, ani nawet nie miał pewności, że placówki uruchomi akurat w tych wskazanych w wykazie lokalizacjach. W ocenie odwołującego, w celu wykazania spełnienia Warunku, również w świetle odpowiedzi

na pytanie nr 12, dalej konieczne było wskazanie docelowych lokalizacji placówek, a nie – składania ogólnikowych zapewnień co do zamiarów wykonawcy w tym zakresie, które w dodatku na dalszym etapie mogłyby ulec zmianie. Tymczasem z pierwotnie złożonego wykazu wynikało jednoznacznie, że na moment upływu terminu składania ofert Bank Handlowy posiadał co najwyżej wstępny zamiar uruchomienia placówek w określonych lokalizacjach, zastrzegając możliwość ich zorganizowania w innych miejscach. Jednakże deklarowanie takiego ogólnikowego zamiaru nie mogło zastąpić wykazania spełnienia warunku, tj. jednoznacznego wykazania dysponowaniem placówek w określonych lokalizacjach. Zdaniem odwołującego sytuacji Banku Handlowego w żaden sposób nie mogło zmienić uzupełnienie wykazu poprzez złożenie dokumentu wskazującego te same adresy, lecz już bez dodatkowego zastrzeżeń odnośnie ich wstępnego charakteru. Oceniając oba przedłożone wykazy, jak i treść zobowiązania Impel, nie ulegało wątpliwości, że Bank Handlowy składając ofertę dopiero zamierzał wykazać spełnienie warunku.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie. Wniósł częściowo o odrzucenie, a w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, wyjaśnienia, oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w toku postępowania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 119 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania 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 podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.*

Art. 122 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania 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.*

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest obsługa bankowa budżetu Gminy Olsztyn wraz z jednostkami organizacyjnymi.

Ustalono także, że w rozdziale VIII ust. 2 SWZ zamawiający wskazał, że *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

2) *zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy*

b) zdolności technicznej Wykonawcy - niezbędne wyposażenie do wykonania zamówienia publicznego:

Wykonawca musi wykazać, że dysponuje na terenie Miasta Olsztyna (w lokalizacjach innych niż usytuowane w pomieszczeniach należących do Zamawiającego), co najmniej dwiema placówkami bankowymi, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów. Placówki muszą być zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,

- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.

Ustalono także, że w rozdziale IX ust. 8 SWZ zamawiający wskazał, że *W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca składa następujące podmiotowe środki dowodowe:*

4) wykaz placówek bankowych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Ustalono także, że w rozdziale X SWZ zamawiający wskazał m.in.:

1. 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 lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.
3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia (wg załącznika nr 5 do SWZ) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, 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.
5. Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.
6. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą w skutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.
7. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:
 - 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo

2) wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Następnie ustalono, że 17 października 2022 r., zamawiający, działając na podstawie art. 135 ust. 2 Pzp, w odpowiedzi na pytanie nr 12, zadane przez jednego z wykonawców o treści:

Dotyczy Warunków udziału w postępowaniu – zdolności technicznej Wykonawcy – Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi. W związku z powyższym podmiotowy środek dowodowy stanowiłby wykaz placówek lub oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu placówkami na dzień rozpoczęcia obsługi.

udzielił odpowiedzi:

Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi, w których Jednostki organizacyjne będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów zlokalizowanych odpowiednio w osiedlach: Śródmieście/Kościuszki – 1 (jedna), Jaroty/Pieczewo – 1 (jedna).

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert, to jest do 9 listopada 2022 r., do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) odwołującego,
- 2) wykonawcy Bank Handlowy w Warszawie S.A. (zwanego również „przystępującym”) (por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono kolejno, że w pkt 6 formularza ofertowego przystępujący oświadczył: zamierzamy zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia:

Zorganizowanie i prowadzenie na rzecz Banku Handlowego w Warszawie S.A. („Bank”) dwóch placówek, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów, przy czym czynności wpłat otwartych i zamkniętych, dokonywanie wypłat otwartych i zamkniętych, przyjmowania płatności za pomocą terminali POS będzie wykonywał podwykonawca, w pozostałym zakresie, z wykorzystaniem niżej wymienionych placówek, czynności będzie wykonywał Bank. Placówki zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,
- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.

Przystępujący jako podwykonawcę wskazał IMPEL CASH SOLUTIONS sp. z o. o. Oświadczył, że ww. podwykonawca jest podmiotem, na którego zasoby powołuje się Wykonawca na zasadach art. 118 ustawy Pzp.

Do oferty przystępujący załączył także zobowiązanie IMPEL CASH SOLUTIONS sp. z o. o. z dnia 4 listopada 2022 r., w którym podmiot ten oświadczył, że ramach przedmiotowego postępowania na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, udostępni przystępującemu swe zasoby w następującym zakresie:

1) Zakres zasobów podmiotu udostępniającego swoje zasoby dostępnych dla Wykonawcy: Zorganizowanie i prowadzenie na rzecz Banku Handlowego w Warszawie S.A. („Bank”) dwóch placówek, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów, przy czym czynności wpłat otwartych i zamkniętych, dokonywanie wypłat otwartych i zamkniętych, przyjmowanie płatności za pomocą terminali POS będzie wykonywał podwykonawca, w pozostałym zakresie, z wykorzystaniem niżej wymienionych placówek, czynności będzie wykonywał Bank.

Placówki zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,*
- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.*

2) Sposób i okres udostępnienia Wykonawcy oraz wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego swoje zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Dwie placówki zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,*
- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka*

od dnia rozpoczęcia obsługi bankowej tj. od 01.02.2023 r. przez cały okres świadczenia zamówienia tj. do dnia 31.01.2027 r.

Umowa o podwykonawstwo - outsourcing bankowy, w rozumieniu art. 6a prawa bankowego. (por. oferta przystępującego w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że 24 listopada 2022 r., zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdziale IX Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym m.in. wykazu placówek bankowych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wykaz placówek bankowych na terenie miasta Olsztyna, zlokalizowanych odpowiednio w osiedlach: Śródmieście/Kościuszki – 1 (jedna), Jaroty/Pieczewo – 1 (jedna), które świadczyć będą usługi objęte przedmiotem zamówienia.

W wykazie tym przystępujący oświadczył, że na dzień rozpoczęcia świadczenia obsługi bankowej budżetu Gminy Olsztyn wraz z jednostkami organizacyjnymi będziemy dysponować następującymi placówkami bankowymi, w których Jednostki organizacyjne będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów:

L.p.	Adres placówki	Podstawa dysponowania placówką
1.	ul. Kościuszki 87, Olsztyn	Umowa o podwykonawstwo - outsourcing bankowy, w rozumieniu art. 6a prawa bankowego
2	ul. Wilczyńskiego 25/lokal F, Olsztyn	Umowa o podwykonawstwo - outsourcing bankowy, w rozumieniu art. 6a prawa bankowego.

Bank oświadcza, że na dzień 25.11.2022r. został dokonany wstępny wybór powyższych lokalizacji Placówek oraz rozpoczęta została procedura rezerwacyjna. Obecnie realizowane są czynności związane z techniczną oceną lokalizacji m.in. pod względem bezpieczeństwa, IT, wymogów wewnętrznych Banku.

W związku z powyższym powyższe adresy mogą ulec zmianie na dzień rozpoczęcia obsługi – nawiązując do odpowiedzi z dnia 17 października 2022 r. nr 12 potwierdzającej, że Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi. W związku z powyższym podmiotowy środek dowodowy stanowiłby wykaz placówek lub oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu placówkami na dzień rozpoczęcia obsługi.

Jednocześnie potwierdzamy, zgodnie ze złożonym dnia 21 listopada 2022 r. Oświadczeniem, w placówkach będzie realizowana pełna obsługa bankowa, zgodnie z wymogami SWZ, tj. zarówno jednostek organizacyjnych Gminy Olsztyn, jak również pracowników Zamawiającego i kontrahentów.

Kolejno ustalono, że w dniu 5 grudnia 2022 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wykazu placówek bankowych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. W wezwaniu zamawiający wskazał, że: Wykaz musi potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania na terenie Miasta Olsztyna (w lokalizacjach innych niż usytuowane w pomieszczeniach należących do Zamawiającego), co najmniej dwiema placówkami bankowymi, w których

jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów, zlokalizowanych odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,

- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.

Przekazane w przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. oświadczenie dotyczące dysponowania placówkami bankowymi zawiera błędy, ponieważ nie potwierdza, że w dniu jego złożenia Wykonawca spełnia określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Jakkolwiek Zamawiający wyjaśnił, że uzna za spełnienie warunku dysponowanie przez Wykonawców placówkami, w których jednostki będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów na dzień świadczenia usługi, to jednak Wykonawca miał obowiązek na dzień złożenia swojego oświadczenia potwierdzić, iż wymienionymi w wykazie placówkami będzie dysponował na dzień rozpoczęcia świadczenia usługi.

Złożony przez Bank Handlowy w Warszawie S.A. wykaz placówek bankowych wskazuje wymagane placówki, lecz z wykazu nie wynika, że będą one w dyspozycji Wykonawcy na dzień rozpoczęcia świadczenia usług. W oświadczeniu Wykonawca poinformował, że rozpoczął jedynie wstępny wybór lokalizacji placówek, zaznaczając jednocześnie, że wskazane adresy placówek mogą ulec zmianie. Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, treść oświadczenia złożonego przez Wykonawcę nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień jego złożenia.

W wezwaniu zamawiający wskazał także, że oświadczenie musi być aktualne na dzień jego złożenia.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył w dniu 8 grudnia 2022 r. Wykaz placówek bankowych na terenie miasta Olsztyna, zlokalizowanych odpowiednio w osiedlach: Śródmieście/Kościuszki – 1 (jedna), Jaroty/Pieczewo – 1 (jedna), które świadczyć będą usługi objęte przedmiotem zamówienia:

Przystępujący w wykazie tym oświadczył, że na dzień rozpoczęcia świadczenia obsługi bankowej budżetu Gminy Olsztyn wraz z jednostkami organizacyjnymi będziemy dysponować następującymi placówkami bankowymi, w których Jednostki organizacyjne, pracownicy Zamawiającego i kontrahenci będą mieli możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów:

L.p.	Adres placówki	Podstawa dysponowania Placówką przez Wykonawcę	Podstawa dysponowania Placówką przez Podmiot udostępniający zasoby
1.	ul. Kościuszki 87/12, Olsztyn	Umowa o podwykonawstwo - outsourcing bankowy, w	Umowa rezerwacyjna najmu lokalu

		rozumieniu art. 6a prawa bankowego	
2	ul. Wilczyńskiego 25/lokal F, Olsztyn	Umowa o podwykonawstwo - outsourcing bankowy, w rozumieniu art. 6a prawa bankowego.	Umowa rezerwacyjna najmu lokalu

Następnie ustalono, że 9 grudnia 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (por. ww. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła wniosek przystępującego zawarty w zgłoszeniu przystąpienia o częściowe odrzucenie odwołania jako spóźnionego. W zgłoszeniu przystąpienia przystępujący podniósł, że częściowo, w zakresie zarzutu nr 1 odwołanie jest spóźnione, gdyż zostało skierowane wobec zaniechania przez zamawiającego czynności modyfikacji SWZ i ogłoszenia o zamówieniu po udzieleniu przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 17 października 2022 r.

Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom przystępującego zawartym we wniosku, istota zarzutu nr 1 odwołania nie sprowadzała się do kwestionowania zaniechania przez zamawiającego czynności modyfikacji SWZ i ogłoszenia o zamówieniu po udzieleniu przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 17 października 2022 r. Jak wynikało z uzasadnienia zarzutów odwołania, odwołujący skupiał się na ocenie skutków zaniechania dokonania przez zamawiającego omawianych czynności dla prawidłowości oceny sytuacji podmiotowej przystępującego. Innymi słowy odwołujący w oparciu o argumentację dotyczącą zaniechania dokonania tych czynności informacyjnych przez zamawiającego usiłował wywodzić skutek dla interpretacji warunku udziału w postępowaniu i następnie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego spełniania tego warunku przez przystępującego. Biorąc pod uwagę powyższe uznano, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione w terminie.

Dokonując merytorycznej oceny zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Oceniając zasadność zarzutów nr 1 i 3 odwołania Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że zamawiający prawidłowo wziął pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 SWZ, treść udzielonej

odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 17 października 2022 r. Zgodnie z przywołanym warunkiem, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że *dysponuje na terenie Miasta Olsztyna (w lokalizacjach innych niż usytuowane w pomieszczeniach należących do Zamawiającego), co najmniej dwiema placówkami bankowymi, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów. Placówki muszą być zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:*

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,

- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.

Z kolei w treści ww. odpowiedzi na pytanie, zamawiający jednoznacznie dopuścił możliwość wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem ww. placówkami na moment rozpoczęcia świadczenia usługi. Zamawiający odpowiedział bowiem, że *uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowanie przez wykonawców zasobami w postaci zdolności technicznej (dwie placówki) na moment rozpoczęcia świadczenia usługi, w których Jednostki organizacyjne będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów zlokalizowanych odpowiednio w osiedlach: Śródmieście/Kościuszki – 1 (jedna), Jaroty/Pieczewo – 1 (jedna).*

Zdaniem Izby, zaniechanie dokonania przez zamawiającego czynności modyfikacji SWZ i ogłoszenia, w ślad za udzieloną odpowiedzią, nie zwalniało zamawiającego od obowiązku uwzględnienia treści tej odpowiedzi przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 SWZ. Podkreślenia wymagało bowiem w tym miejscu, że zasada przejrzystości postępowania (art. 16 pkt 2 Pzp), na jaką powoływał się odwołujący w kontekście innych wykonawców, znajduje zastosowanie także wobec przystępującego. Według Izby przystępujący po otrzymaniu odpowiedzi na pytanie miał prawo działać w zaufaniu do jej treści. Innymi słowy przystępujący miał prawo zakładać, że zamawiający przy ocenie warunku postąpi dokładnie tak, jak zadeklarował w udzielonej odpowiedzi. Kierując się odpowiedzią, przystępujący podjął decyzję o takim sposobie wykazania warunku udziału w postępowaniu, który wprost wpisywał się w treść odpowiedzi. Zdaniem Izby, skoro zamawiający zapewnił wykonawców, że przy ocenie spełnienia warunku zachowa się w określony sposób, to niewątpliwie sprzecznym z zasadą przejrzystości byłoby podjęcie czynności sprzecznej z uprzednio deklarowaną.

Kolejno Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 SWZ, w sposób, którego oczekiwał zamawiający. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego - Impel Cash Solutions sp. z o.o. w Warszawie załączonego do oferty przystępującego wynikało bowiem, że już w dacie podpisania tego zobowiązania, to jest 4 listopada 2022 r., podmiot ten łączył z

przystępującym stosunek obligacyjny (zobowiązaniowy). Treścią tego stosunku zobowiązaniowego było udostępnienie przystępującemu przez podmiot trzeci placówek bankowych wymaganych przez zamawiającego w warunku. Potwierdzeniem tego była treść wykazów placówek, które na wezwania zamawiającego kierowane w trybie odpowiednio art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1 Pzp zostały złożone przez przystępującego dnia 25 listopada 2022 r. i dnia 8 grudnia 2022 r.

Okoliczność, iż w dniu złożenia pierwszego wykazu placówek, to jest 25 listopada 2022 r., trwała jeszcze procedura związana z oceną techniczną przez przystępującego tych placówek pod względem jego wewnętrznych uregulowań co do bezpieczeństwa, IT, czy wewnętrznych wymogów tego banku, nie zmieniała faktu, że ww. ocena była dokonywana już po nawiązaniu z podmiotem trzecim stosunku zobowiązaniowego, co – jak wskazano wcześniej - nastąpiło przed upływem terminu składania ofert. Podkreślenia wymagało także, że owe techniczne uregulowania przystępującego co do bezpieczeństwa, IT, czy wewnętrzne wymogi banku, które na ten moment badał, nie oznaczały braku istnienia już na ten moment wystarczającego tytułu zobowiązaniowego do tych placówek. Na uwagę zasługiwał fakt, że znamię przesłanki „dysponowanie” placówkami, jaką zamawiający posłużył się zamawiający w treści warunku, wypełnia także dowolny tytuł zobowiązaniowy, którym mogła być umowa rezerwacyjna, czy inna umowa zobowiązująca do oddania przystępującemu placówek.

Ponadto podkreślenia wymagało, że owe wewnętrzne, techniczne uregulowania przystępującego co do bezpieczeństwa, IT pozostawały bez jakiegokolwiek znaczenia w świetle udzielonej odpowiedzi oraz warunku udziału w postępowaniu. Już w pierwotnej treści warunku była mowa o dysponowaniu placówkami, w których jednostki organizacyjne Gminy Olszty dopiero „będą miały” możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów. Już w treści pierwotnego warunku zamawiający posłużył się czasem przyszłym. W konsekwencji niewątpliwie nie musiały to być takie placówki, w których na moment ofertowania już istniałaby możliwość załatwiania wszystkich spraw. Innymi słowy nie musiały to być czynne placówki.

Co do kwestii zapisanego w pierwszym wykazie zastrzeżenia przystępującego, że placówki wskazane w wykazie mogą się zmienić, w razie gdyby ocena techniczna okazała się negatywna, zamawiający, celem usunięcia wszelkich wątpliwości, wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu placówek w tym zakresie. W wyniku złożenia uzupełnionego wykazu placówek okazało się, że wątpliwości techniczne przystępującego zostały już w tym czasie usunięte. Przystępujący w wykazie z 8 grudnia 2022 r. wskazał bowiem na te same placówki, co w pierwotnym wykazie, ale już bez jakichkolwiek

zastrzeżeń. Powyższe nie oznaczało jednak, jak zdawał się wywodzić odwołujący, że przystępujący nie dysponował wymaganymi placówkami na moment składania pierwszego wykazu czy też na moment upływu terminu składania ofert. Przeciwnie, jak wynikało z zobowiązania złożonego wraz z ofertą, dysponował nimi już na moment ofertowania, a po tej dacie tylko je badał pod kątem spełnienia własnych względów technicznych, co nie było istotne w świetle warunku i udzielonej odpowiedzi na pytanie.

Chybiony okazały się również zarzut odwołania, w którym odwołujący podniósł, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego - Impel Cash Solutions sp. z o.o. - nie wynika, które konkretnie placówki bankowe (i w których lokalizacjach) zostaną udostępnione. Odwołujący argumentował, że w treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie zostały wskazane konkretne adresy placówek bankowych udostępnianych przystępującego przez podmiot trzeci. Izba stwierdziła, że w treści zobowiązania Impel Cash Solutions faktycznie nie zostały wymienione konkretne adresy placówek. Podmiot trzeci oświadczył, że udostępnia przystępującemu swe zasoby w następującym zakresie:

1) Zakres zasobów podmiotu udostępniającego swoje zasoby dostępnych dla Wykonawcy: Zorganizowanie i prowadzenie na rzecz Banku Handlowego w Warszawie S.A. („Bank”) dwóch placówek, w których jednostki organizacyjne Gminy Olsztyn będą miały możliwość załatwiania wszystkich spraw wynikających z zawartych umów, Placówki zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,
- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.

Jak wynikało z powyższego zobowiązujący wskazał zatem, że udostępniane placówki znajdują się w określonych osiedlach bez podania ich adresu. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że w treści warunku zamawiający sprecyzował jedynie, że wymagane placówki, którymi wykonawca ma dysponować, muszą być zlokalizowane odpowiednio na osiedlach w Olsztynie:

- Śródmieście/Kościuszki - jedna placówka,
- Jaroty/Pieczewo - jedna placówka.

Zamawiający w treści warunku posłużył się zatem jedynie nazwą okolicy (osiedli), w których placówki miały się znajdować i do tego referowała treść zobowiązania. W świetle zaś odpowiedzi, placówkami na tych osiedlach wykonawca miał dysponować w momencie rozpoczęcia realizacji usługi. Wobec powyższego uznano, że treść zobowiązania okazała się wystarczająca w kontekście dokonania wstępnej oceny spełnienia postawionego warunku. Zamawiający wiedział bowiem już w oparciu o zobowiązanie, że przystępujący dysponuje jedną placówką na osiedlach Śródmieście/Kościuszki i jedną placówką na osiedlach Jaroty/Pieczewo. Zamawiający na etapie ofertowania nie wymagał podania przez

wykonawców konkretnych adresów placówek. Przy wyrokowaniu wzięto bowiem pod uwagę, że zamawiający w SWZ przewidział, że *zakresie „części IV Kryteria kwalifikacji” JEDZ podmiot udostępniający zasoby przedstawia oświadczenie w zakresie zdolności udostępnianych Wykonawcy. Podmiot udostępniający zasoby może ograniczyć się do wypełnienia sekcji α. W takim przypadku ogólne oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby będzie interpretowane jedynie w zakresie udostępnianych zdolności. W sekcji α części IV Kryteria kwalifikacji” JEDZ składa się zaś jedynie ogólne oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.*

Wobec powyższego należało uznać, że zamawiający na etapie wstępnej oceny spełnienia warunku, na moment ofertowania, nie domagał się od wykonawców podania konkretnych adresów placówek bankowych udostępnianych przez podmiot trzeci. Kierując się zapisami SWZ zamawiający dokonał prawidłowej wstępnej oceny spełniania warunku na podstawie zobowiązania i dokumentów JEDZ przystępującego i podmiotu trzeciego.

Podkreślenia wymagało, że zamawiający wymagał podania konkretnych adresów placówek dopiero poprzez zażądanie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu - wykazu placówek bankowych. Wykaz placówek bankowych był jednak dokumentem, który zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp jest składany przez wykonawcę dopiero na wezwanie zamawiającego kierowane w tym trybie na późniejszym etapie postępowania. W odpowiedzi na to wezwanie konkretne placówki bankowe zostały wskazane przez przystępującego. Wobec powyższego uznano, że również zarzut nr 2 odwołania podlegał oddaleniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołanie w całości nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: