

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Członkowie: Luiza Łamejko
Michał Pawłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 15 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 28 marca 2022 r. przez odwołującego Verdeho Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miejską Kraków – Klimat–Energia–Gospodarka Wodna

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego Verdeho Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego Gminy Miejskiej Kraków – Klimat-Energia-Gospodarka Wodna kwotę 1014 zł (słownie: tysiąc czternaście złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków- Klimat-Energia-Gospodarka Wodna, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022-2025, numer referencyjny: 2/I/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2022 r., pod numerem 2022/S 020-048214.

W dniu 28 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Verdeho Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, albowiem udzielone poręczenie nie zapewnia możliwości zatrzymania wadium w przypadku, jeżeli przed upływem okresu na jaki poręczenie zostało udzielone Zamawiający nie zażąda zapłaty należnej kwoty wadium, a nadto udzielone poręczenie nie określa podstaw do warunkowego obowiązku zwrotu wadium w trybie art. 98 ust. 2 Ustawy;

2) art. 16 ustawy PZP, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, poprzez bezkrytyczne przyjęcie wadium nieprawidłowo wniesionego przez Konkurenta, które różniło się w istotnym stopniu od poręczenia, wniesionego przez Wykonawcę, zabezpieczającego interesy Zamawiającego w ramach funkcji gwarancyjnej wadium.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1 - 2 - z ostrożności procesowej - podniósł również zarzut naruszenia:

3) art. 122 w związku z art. 118 ust. 4 ustawy PZP, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu wezwania Konkurenta do przedstawienia zobowiązania innego lub innych podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału w Przetargu, albowiem złożone przez Konkurenta oświadczenia, wskazanych przez niego podmiotów udostępniających swoje zasoby, nie potwierdzały spełnienia przez Konkurenta warunków udziału w Przetargu, w szczególności nie określały zakresu w jakim podmioty udostępniające swoje zasoby zrealizują zamówienie, będące

przedmiotem Przetargu oraz nie określały wymaganych, dostępnych Konkurentowi zasobów, na których Konkurent polegał w odniesieniu do doświadczenia, określonego w pkt 8.1 lit. d) SWZ;

4) art. 128 ust. 1 ustawy PZP, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu wezwania Konkurenta do przedstawienia wymaganego wykazu usług, potwierdzającego spełnienie warunku, określonego w pkt 8.1. lit. d) SWZ (zdolności technicznej lub zawodowej), albowiem złożony przez Konkurenta Wykaz Usług nie potwierdza wymaganego doświadczenia, w szczególności wskazane tam usługi nie stanowiły „stałej obsługi toalet” w rozumieniu zdefiniowanym w pkt 8.1 lit. d) SWZ i jako takie nie potwierdzały określonego doświadczenia, związanego z zrealizowaniem usług takiego rodzaju na łączną kwotę co najmniej 600 000 zł (brutto);

5) art. 16 ustawy PZP, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w szczególności w naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, biorących udział w Przetargu oraz uczciwej konkurencji, poprzez bezkrytyczne przyjęcie treści zobowiązania, złożonego przez podmioty udostępniające swoje zasoby Konkurentowi oraz Wykazu Usług (obejmujących zamówienia, zrealizowane w całości przez te podmioty udostępniające).

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konkurenta oraz
- nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami Ustawy,
- przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami Ustawy.

Argumentując postawione przez siebie zarzut Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, przygotowaną na potrzeby prowadzonego Przetargu („SWZ”), Zamawiający określił w Rozdziale 12.8 SWZ sposób wnoszenia wadium.

W szczególności Zamawiający postanowił, że:

- 1) wadium wnoszone w formie innej niż pieniężna musi być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej i musi obejmować cały okres związania ofertą. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie

Zamawiającego. Wadium należy załączyć do zaszyfrowanej zgodnie z zapisami pkt. 15 SWZ oferty wykonawcy. Zwrot wadium przetargowego nastąpi zgodnie z art. 98 ustawy Pzp (pkt 12.8 SWZ),

2) w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp (12.10 SWZ).

Z treści dokumentu poręczenia wadialnego nr 512121/2022 z dnia 24 lutego 2022 r., wystawionego przez POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie („Poręczyciel”), wynika, że udzielone zostało poręczenie na rzecz Zamawiającego na wypadek zobowiązania do zapłaty wadium zabezpieczającego ofertę Konkurenta w Przetargu („Oświadczenie”). Zgodnie z § 4 ust. 2 zd. 1 Oświadczenia, wezwanie do zapłaty wadium skierowane przez Zamawiającego do Poręczyciela powinno być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności. Na podstawie § 5 ust. 2 Oświadczenia, wprowadzone zostało zastrzeżenie, że poręczenie wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do postępowania przetargowego, unieważnienia postępowania, nie wybrania oferty Zobowiązanego i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty. Tak sformułowane zastrzeżenie oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości skutecznego zwrócenia się do Poręczyciela z żądaniem wypłaty należnej kwoty wadium po terminie na jaki zostało udzielone. Tymczasem, zgodnie z aktualnym orzecnictwem KIO (jakkolwiek orzecznictwo KIO odnosi się bezpośrednio do dokumentu wadialnego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to jednak uznanie go za wiążące w przypadku formy poręczenia na zasadzie analogii jest w pełni uzasadnione), dokument, stanowiący niepieniężną formę zabezpieczenia wadium, nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność poręczyciela/ gwaranta. Celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swojego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku, gdyby zgłoszenie żądania zapłaty wpłynęło do poręczyciela/ gwaranta po konkretnej dacie, zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie udzielonego poręczenia lub w okresie ważności gwarancji bankowej/ ubezpieczeniowej.

Uwzględniając rodzaj wniesionego wadium przez Konkurenta, w szczególności fakt, że jest to jedna z niepieniężnych form wnoszenia wadium, analogicznie jak w przypadku gwarancji wadialnej, uzasadnienie do podniesionych wyżej zarzutów stanowi wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 r., V Ga 328/20; wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r., KIO 2452/21 oraz wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r., KIO 952/20.

Niezależnie w treści Oświadczenia nie zostały przewidziane warunki obowiązku zwrotu wniesionego przez Konkurenta wadium w przypadku, jeżeli sam Konkurent wystąpi z wnioskiem o zwrot wadium w trybie art. 98 ust. 2 Ustawy. Tym samym w treści Oświadczenia nie dokonano rozróżnienia podstaw automatycznego zwrotu wniesionego wadium (art. 98 ust. 1 Ustawy) od podstaw warunkowego zwrotu wadium. Oznacza to, że również i w tym zakresie udzielone wadium nie zabezpieczało interesów Zamawiającego w ramach funkcji gwarancyjnej wadium.

Bezkrytyczne przyjęcie wniesionego wadium przez Konkurenta jest przejawem nierównego traktowania wykonawców w procesie udzielania zamówień publicznych. Z jednej strony jest nieuzasadnionym faworyzowaniem Konkurenta, traktowanego inaczej niż Wykonawca, który dołożył należytej staranności w przygotowaniu wymaganego dokumentu wadialnego, z drugiej strony jest działaniem nieuprawnionym, tworzącym nieuzasadnione ryzyko w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty dla interesów samego Zamawiającego.

Oдноśnie zarzutów ewentualnych:

Konkurent w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Przetargu wraz z ofertą złożył oświadczenie, stanowiące zobowiązanie dwóch podmiotów, a mianowicie:

- 1) Społecznego Przedsiębiorstwa Usługowego Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą oraz
- 2) Przedsiębiorstwa Rozwoju Społecznego Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą, do „oddania do dyspozycji Konkurenta, niezbędnych zasobów, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022-2025 (oznaczenie sprawy: 2/1/2022), u Zamawiającego: „Klimat-Energia-Gospodarka Wodna”. W treści przedmiotowego oświadczenia ww. podmioty złożyły deklarację, że:

- a) oddadzą (Konkurentowi), do dyspozycji, niezbędne zasoby zdolności technicznej i zawodowej, nabyte zarówno wspólnie jak i samodzielnie, na okres korzystania z nich przy

wykonywaniu ww. zamówienia tj. przez cały okres realizacji zamówienia, nie krótszy niż 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy, w celu należytego wykonania zamówienia,

b) zobowiązują się brać udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, za pośrednictwem swojej jednostki organizacyjnej w Krakowie, poprzez udział w jego realizacji, w tym w szczególności w formie:

- zapewnienia kadry osobowej do wykonania usługi na rzecz Zamawiającego,
- zapewnienia niezbędnego instruktażu i szkoleń oraz nadzoru nad pracownikami Konkurenta,
- bieżącej oceny jakości usług i udzielenia Konkurenta wszelkiego bezpośredniego wsparcia na każdym etapie wykonywania czynności wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W ocenie Odwołującego, przedmiotowe zobowiązanie ww. podmiotów udostępniających z uwagi na wysoki poziom ogólności złożonej deklaracji oraz przy uwzględnieniu rodzaju udostępnianych zasobów (doświadczenie) jest niezgodne z art. 118 ust. 4 Ustawy, w szczególności nie określa w jakim zakresie podmioty udostępniające zrealizują usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Zobowiązanie nie uwzględnia specyfiki zamówienia, a także rodzajów i części usług jakie będą realizowane w ramach zamówienia, w tym rodzajów usług jakie przewidział Zamawiający, dokonując w pkt 4.9 SWZ kwalifikacji - oznaczenia przedmiotu zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 90910000-9 Usługi sprzątnia, 71356000-8 Usługi techniczne, 98390000-3 Inne usługi, 90600000-3 Usługi sprzątnia oraz usługi sanitarne, 90900000-6 Usługi w zakresie sprzątnia i odkażania, 45442180-2 Powtórne malowanie.

Przedmiotowe zobowiązanie ww. podmiotów udostępniających nie potwierdza zatem warunku spełnienia przez Konkurenta udziału w Przetargu oraz nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do udostępnionych zasobów. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był zwrócić się do Konkurenta z określonym żądaniem w trybie art. 122 Ustawy. W ocenie Odwołującego określenie sposobu udzielanego wsparcia pozostaje w dysproporcji z rodzajem udostępnianego zasobu. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 118 ust. 2 Ustawy w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W omawianym przypadku realność udostępnienia zasobów wymaga zatem realizowania przedmiotu zamówienia w formie podwykonawstwa (wykonania części zamówienia). Sygnalizowany przez ww. podmioty udostępniające sposób udzielanego wsparcia, a także „zapewnienia niezbędnego instruktażu

i szkoleń oraz nadzoru nad pracownikami Konkurenta" nie jest określeniem zakresu części zamówienia, jaka ma zostać zrealizowana przez podmioty udostępniające (podwykonawców). Zobowiązanie podmiotu udostępniającego nie może mieć charakteru pozornego i nie może służyć jedynie w celu uzyskania zamówienia publicznego, poprzez ogólnikowe odwołanie się jedynie do zdolności technicznej lub zawodowej tego podmiotu.

Konkurent w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Przetargu, określonego w pkt 8.1. lit. d) SWZ (zdolności technicznej lub zawodowej), przedstawił Zamawiającemu Wykaz Usług 11.03.2022 r. Odwołujący zwraca uwagę, że spośród siedmiu usług, ujętych w przedmiotowym Wykazie, cztery nie spełniają wymogów „stałej obsługi toalet” w rozumieniu zdefiniowanym w pkt 8.1 lit. d) SWZ i jako takie nie potwierdzały wymaganego doświadczenia, związanego z zrealizowaniem usług takiego rodzaju na łączną kwotę co najmniej 600 000 zł (brutto). Podkreślenia wymaga nierzetelność informacji podanych przez Konkurenta zarówno w zakresie określenia przedmiotu zamówienia (niezgodność stwierdzona została w oparciu o swz opublikowane na platformach zakupowych poszczególnych zamawiających), jak i w kwalifikowaniu tych zamówień zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 8.1 lit. d) SWZ. Szczegółowe zastrzeżenia do przedmiotowego Wykazu przedstawione zostały w Załączniku do niniejszego odwołania.

Zamawiający zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia procesu udzielania zamówień publicznych, w tym dołożenia należytej staranności w procesie badania złożonych ofert. Konieczność stosowania zasad uczciwej konkurencji, w tym szczegółowej weryfikacji składanych dokumentów, zyskuje dodatkowo na znaczeniu zwłaszcza w przypadku wykonawców, polegających na zasobach podmiotów udostępniających, którzy - w wyniku rodzaju udzielonych zasobów - obowiązani są do realizacji części przedmiotu zamówienia. Zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności, zmierzających do zapewnienia rzeczywistego udziału podmiotów udostępniających w realizacji zamówienia oraz brak weryfikacji Wykazu Usług, przedstawionego przez Konkurenta jest w omawianym przypadku przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

W świetle przedstawionej wyżej argumentacji oraz przy uwzględnieniu uzasadnienia prawnego, wynikającego bezpośrednio z przytoczonych zarzutów w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Pismem datowanym na 13 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W pierwszej kolejności zgłosił on wniosek o jego odrzucenie, z uwagi na to, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy PZP. Zdaniem Zamawiającego z treści SWZ wprost wynikało, że komunikacja pomiędzy Zamawiającym a

Wykonawcą odbywa się za pośrednictwem platformy e-Zamówienia. Jedynym odstępstwem od tej sytuacji były uzasadnione przypadki uniemożliwiające komunikację wykonawcy i Zamawiającego za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia. Tymczasem, jak wprost wynika z akt niniejszego postępowania Odwołujący w dniu 28.03.2022 r. o godz. 23:02 przesłał odwołanie do Zamawiającego wyłącznie poprzez e-mail, co jest niezgodne z zasadami określonymi w SWZ dotyczącymi komunikacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami.

Stanowi to naruszenie nie tylko treści SWZ ale również art. 514 ust. 2 ustawy PZP ,gdyż w opinii Zamawiającego działanie Odwołującego spowodowało niemożność zapoznania się z jego treścią przed upływem terminu na jego wniesienie gdyż nie zostało ono przekazane poprzez platformę e-Zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że niemożliwym było przekazanie odwołania poprzez platformę e-Zamówienia w dniu 28.03.2022 r. o godz. 23:02.

Potwierdzeniem powyższego twierdzenia o konieczności odrzucenia odwołania jest m.in. wyrok KIO z dnia 18 października 2021 r. sygn. akt KIO 2863/2021, w którym KIO odrzuciła odwołanie, które nie zostało przekazane zamawiającemu za pośrednictwem wskazanej w SWZ platformy przetargowej, ale wysłane na adres e-mail osoby wskazanej w SWZ do kontaktu. W przedmiotowym orzeczeniu Izba uznała, iż wskazanie w treści SWZ adresu e-mail osoby upoważnionej do kontaktu nie powoduje, iż osoba ta staje się właściwa to odebrania odwołania, jeżeli jednocześnie w SWZ wskazano platformę przetargową jako drogę kontaktu.

Oprócz wniosku o odrzucenie odwołania, Zamawiający odniósł się także merytorycznie do przedstawianych zarzutów i wskazywał, co następuje:

Ad.1 W toku trwania postępowania termin składania ofert został ustalony ostatecznie na dzień 28.02.2022 r. godz. 10:00, co w konsekwencji spowodowało zmianę terminu związania ofertą na dzień 28.05.2022 r.

Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna (dalej: „Wykonawca”) wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert jako załącznik do oferty w postaci poręczenia z dnia 24.02.2022 r. (nr 512121/2022/ANEKS) - dalej: „Poręczenie”. Poręczenie jest jedną z dopuszczalnych form wnoszenia wadium zgodnie z treścią pkt 12.3 SWZ w zw. z art. 97 ust. 7 ustawy PZP. Z treści Poręczenia Wykonawcy wynika, że poręczenie jest terminowe i udzielane na okres do dnia 2022-05-28 (§ 3 ust. 3 Poręczenia) co jest zgodne z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdyż obejmuje cały okres związania ofertą wyznaczony do dnia 28.05.2022 r. Ponadto z treści Poręczenia wynika, że wypłata wadium nastąpi w sposób bezwarunkowy i nieodwoławny na pierwsze pisemne żądanie

Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium (§ 4 ust. 1 Poręczenia) co również jest zgodne z wymaganiami określonymi w pkt 12.8 SWZ.

Co więcej Poręczenie w swej treści (§ 1) wskazuje: „POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 32, 70-466 Szczecin, zarejestrowany w Sądzie Rejonowym Szczecin-Centrum w Szczecinie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000045150, NIP 851-27-50-369, kapitał zakładowy i wpłacony 16.000.000,00 zł, zwany dalej „Poręczycielem”, reprezentowany przez osoby podpisujące niniejsze oświadczenie, udziela niniejszym solidarnego poręczenia za zobowiązanie:

LUBUSKI ZESPÓŁ OBSŁUGI PROJEKTÓW SPÓŁDZIELNIA SOCJALNA z siedzibą ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn Nad Odrą (REGON: 387612996, NIP: 5993252932), zwanego dalej „Zobowiązany”,

wobec Gmina Miejska Kraków - Klimat-Energia-Gospodarka Wodna z siedzibą: Os. Szkolne 27, 31-977 Kraków, REGON 384368691, zwanego dalej „Zamawiającym”, do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w art. 98 ust. 6 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), zwanej dalej „Ustawą PZP”.

Zdaniem Zamawiającego oznacza to, że Poręczenie przewiduje i obejmuje wszystkie przypadki powodujące utratę wadium określone w ustawie prawo zamówień publicznych (art. 98 ust. 6), co jest zgodne z treścią pkt 12.10 SWZ.

Z kolei § 5 ust. 2 Poręczenia stanowił, iż: *„Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do postępowania przetargowego, unieważnienia postępowania, nie wybrania oferty Zobowiązanego i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty”.*

Przedmiotowe postanowienia Poręczenia również nie wykraczają poza ustawę Pzp i są zgodne z jej treścią. Poręczenie Wykonawcy wskazuje również warunki obowiązkowego zwrotu wadium, które zostały określone w treści § 4 ust. 2 i 3 Poręczenia. Dlatego też twierdzenia

Odwołującego, że nie przewidziano warunków obowiązku zwrotu wadium są chybione i nie przystają do stanu rzeczywistego.

Mając na uwadze treść całego Poręczenia, w tym określenie daty obowiązywania Poręczenia tj. do 28.05.2022 r. powiązanego z terminem związania ofertą prawidłowym jest uznanie, iż jest ono bezwarunkowe i nieodwołane oraz udzielone na okres wskazany w art. 97 ust. 5 ustawy PZP i jednocześnie wymagany przez Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 97 ust.5 ustawy PZP: „5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.”

Kolejno, zgodnie z art. 226 ust.1 pkt.14 ustawy PZP: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3”

Z powyższych przepisów nie sposób wywieść wniosków jak stawiane przez Odwołującego - to jest uznania, że wadium ważne jedynie do upływu terminu związania ofertą i możliwe do wykorzystania w tym tylko terminie pozostaje niezgodne z przepisami ustawy PZP, a oferta tak zabezpieczona winna ulegać odrzuceniu.

Jak podkreślał Zamawiający, przepisy nowej ustawy PZP jednoznacznie określają termin, do którego należy utrzymywać wadium - do dnia upływu terminu związania ofertą. Ustawodawca, usuwając poprzednio funkcjonującą (i powodującą spory w doktrynie i orzecznictwie) lukę prawną jednoznacznie zakreślił maksymalny termin utrzymywania wadium, do którego zobowiązany jest wykonawca. Jednocześnie, zauważyć należy, iż przepisy ustawy pzp nie określają, iż termin utrzymywania wadium powinien podlegać wydłużeniu o czas potrzebny na zgłoszenie roszczeń czy jakkolwiek inny okres wymagany dla podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do skutecznego skorzystania z wadium, niezależnie od tego, w jakiej formie zostaje ono wniesione. Wręcz przeciwnie art. 97 ust. 5 ustawy pzp wprowadza maksymalny okres, na jaki Wykonawca może być zobowiązany do utrzymywania związania ofertą i wadium, przerzucając na Zamawiającego faktyczny ciężar takiej organizacji i prowadzenia postępowania, aby możliwe było jego zakończenie przed upływem terminów związania ofertą. Zamawiający, będący gospodarzem postępowania dysponuje instrumentami faktycznymi i prawnymi takiego jego przeprowadzenia aby zapewnić sobie możliwość zaspokojenia roszczenia z udzielonego

wadium, pokrywającego się z terminem związania ofertą. A zatem to w pełni od działań i zaniechań Zamawiającego będzie zależało czy zaspokoi swoje roszczenia z przedstawionego wadium, odpowiednio organizując postępowanie i zapewniając sobie czas na zgłoszenie roszczenia do gwaranta/poręczyciela (choćby wyznaczając z odpowiednim wyprzedzeniem termin zawarcia umowy). Zważyć przy tym należy, iż brak jest podstaw prawnych do różnicowania sytuacji w przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej i niepieniężnej, tymczasem brak wątpliwości, iż zatrzymanie wadium w pieniądzu analogicznie wymaga stwierdzenia wystąpienia przesłanek i podjęcia odpowiednich działań przez Zamawiającego w okresie obowiązywania wadium, czyli do upływu terminu związania ofertą.

W kontekście powyższego wszelkie rozważania co do tego czy interes Zamawiającego przy tak sformułowanej treści wadium jest odpowiednio - i zgodnie z intencją Ustawodawcy - zabezpieczony mają zatem jedynie charakter hipotetyczny. W ocenie Zamawiającego - gdyby intencją racjonalnego Ustawodawcy było wprowadzenie wymogu możliwości skorzystania z udzielonego wadium także w kilka dni po terminie związania ofertą - niniejsze zostałyby wyrażone w odpowiedniej treści ustawy. Tymczasem, wobec jednoznacznego brzmienia art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, brak było przesłanek do odrzucenia oferty Wykonawcy - Lubuskiego Zespołu Obsługi Projektów Spółdzielni Socjalnej.

Samo sformułowanie, że „poręczenie wygasa” zawarte w § 5 ust. 2 Poręczenia, które Odwołujący uznaje za naruszające postanowienia SWZ, nie oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości skutecznego zwrócenia się do Poręczyciela z żądaniem wypłaty należnej kwoty wadium gdyż to na Zamawiającym ciąży obowiązek ewentualnego zatrzymania wadium w terminie w jakim trwa okres związania ofertą. Zgodnie z obowiązującą ustawą prawo zamówień publicznych istota żądania wadium sprowadza się do funkcji dyscyplinującej wykonawców a jednocześnie zabezpieczającej Zamawiającego przed niewłaściwym zachowaniem tych wykonawców (art. 98 ust. 6 ustawy pzp).

To na Zamawiającym ciąży obowiązek wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy z wybranym wykonawcą przed upływem terminu związania ofertą. Wadium w postępowaniu jest i zawsze będzie ograniczone w ten sposób, że będzie ograniczone do terminu związania ofertą. Zamawiający musi zatem zawsze dokonać zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy pzp przed upływem terminu związania ofertą.

Ustawa prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość zwolnienia wcześniejszego zakończenia stosunku gwarancji lub poręczenia o czym wskazuje art. 98 ust. 5 ustawy pzp - Zamawiający może zwolnić gwaranta/ poręczyciela z odpowiedzialności z tytułu udzielonej gwarancji lub poręczenia przed upływem terminu związania ofertą poprzez złożenie oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Co więcej zgodnie z treścią art. 252 ustawy pzp wybór oferty może nastąpić po upływie terminu związania ofertą co w konsekwencji powoduje, że Zamawiający traci również prawo do możliwości zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 ustawy pzp.

Dlatego też po raz kolejny należy podkreślić, że na podstawie obecnie brzmiących przepisów prawa zamówień publicznych wadium ma głównie funkcję mobilizującą Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą aby mógł ewentualnie je zatrzymać w sytuacjach przewidzianych przepisami pzp.

Istotnym pozostaje, iż najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza stanowisko Zamawiającego w zakresie tego, iż żądanie by okres ważności wadium wykraczał poza okres związania ofertą jest w świetle obowiązujących przepisów nieuzasadnione, a zastosowanie art. 226 ust.1 pkt. 14 ustawy pzp i odrzucenie oferty w sytuacji gdy złożone wraz z ofertą wadium w formie niepieniężnej ma okres ważności równy okresowi związania ofertą nie ma podstaw prawnych.

Zamawiający przytoczył także fragmenty uzasadnień wyroków KIO, które świadczyły o prawidłowości jego stanowiska (KIO 3362/21, KIO 3509/21).

Podsumowując wskazał, że warunki wniesienia wadium zostały wyraźnie i czytelnie wskazane przez Zamawiającego w treści SWZ w sposób odzwierciedlający przepisy art. 97-98 ustawy pzp. Wykonawca wniósł w przewidzianym prawem terminie i na okres wymagany przez ustawę pzp i SWZ wadium w postaci poręczenia, które treścią oraz warunkami w nim wskazanymi spełniało wymogi Zamawiającego. W świetle powyższego, zarzut Odwołującego o nieprawidłowości wniesienia wadium i konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy, pozostaje nieuzasadniony. Podobnie jak zarzut naruszenia art. 16 ustawy pzp, o czym mowa w punkcie poniżej.

Ad.2 W kontekście zarzutu naruszenia art. 16 ustawy PZP Zamawiający wskazał m. in., że Zamawiający dołożył należytej staranności przy badaniu złożonych dokumentów wraz z ofertą. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można mówić o jakimkolwiek faworyzowaniu Wykonawcy, gdyż żadna z czynności podjętych przez Zamawiającego nie naruszała zasad uczciwej konkurencji i była dokonywana w oparciu o jasne i przejrzyste działania na podstawie ustawy PZP.

Odwołujący w swym zarzucie nie precyzuje ani nie wykazuje jakie rzekomo działania czy zaniechania Zamawiającego miałyby faworyzować Wykonawcę. Zarzut jest postawiony w

oderwaniu od stanu faktycznego i mając na uwadze powyższe należy uznać, że nie znalazł on potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym postępowania i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie w tym zakresie nie powinno podlegać uwzględnieniu.

Na marginesie należy wskazać, że naruszenie art. 16 ustawy pzp (przepis ogólny) nie może być samoistną podstawą stanowiącą podstawę wniesienia odwołania, a zawsze musi być połączone z konkretnymi czynnościami lub zaniechaniami zamawiającego powiązanymi z przepisami szczegółowymi ustawy pzp. Dlatego też zarzut w tym zakresie odwołania nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Ad.3 Zgodnie z treścią pkt 8.11 SWZ wskazano, co musi zawierać zobowiązanie podmiotów udostępniających zasoby:

„Zobowiązanie to musi precyzować w szczególności:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów udostępniającego zasoby,*
- b) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) 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.”*

Zamawiający nie udostępnił wzoru zobowiązania i wykonawcy składający ofertę samodzielnie musieli przygotować jego treść. Odwołujący wskazuje, że rzekomo podmioty udostępniające zasoby nie wskazały zakresu części zamówienia, jaka ma zostać przez nich zrealizowana.

Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca samodzielnie musiał przygotować oświadczenie podmiotów udostępniających zasoby nie można wyciągać negatywnych konsekwencji tylko dlatego, że treść oświadczenia Wykonawcy nie odpowiada wizji takiego oświadczenia Odwołującego.

Z treści dokumentu: „POTWIERDZENIE UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW” wynikają następujące informacje:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów udostępniającego zasoby oraz sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

„Na podstawie zawartych umów z Korzystającym: Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spn.s. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, działając w imieniu Udostępniających:

1) Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą,

2) Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą, potwierdza się ustanowione zobowiązanie do oddania do dyspozycji Korzystającego, niezbędnych zasobów, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022-2025 (oznaczenie sprawy: 2/II/2022), u Zamawiającego: „Klimat-Energia-Gospodarka Wodna”. Ww. podmioty oświadczają, że stosownie do art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, oddadzą Wykonawcy Korzystającemu, do dyspozycji, niezbędne zasoby zdolności technicznej i zawodowej, nabyte zarówno wspólnie jak i samodzielnie, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia (...) poprzez udział w jego realizacji, w tym w szczególności w formie:

- zapewnienia kadry osobowej do wykonania usługi na rzecz Zamawiającego,

- zapewnienia niezbędnego instruktażu i szkoleń oraz nadzoru nad pracownikami Korzystającego,

- bieżącej oceny jakości usług i udzielenia Korzystającemu wszelkiego bezpośredniego wsparcia na każdym etapie wykonywania czynności wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia.”

b) 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:

„(...) przez cały okres realizacji zamówienia, nie krótszy niż 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy, w celu należytego wykonania zamówienia. Wypełniając to zobowiązanie, podmioty udostępniające zasoby zobowiązują się brać udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca, za pośrednictwem swojej jednostki organizacyjnej w Krakowie (...).”

Na podstawie treści dokumentu: „POTWIERDZENIE UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW” złożonego wraz z ofertą, w połączeniu z dokumentami złożonymi przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w dniu 11.03.2022 r. w postaci m.in. wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie Zamawiający uznał, że zakres polegania na zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia nie budzi wątpliwości.

W żadnym z punktów SWZ, Zamawiający nie wymagał podania konkretnych czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia jak oczekuje tego Odwołujący, gdyż wymagano podania informacji dotyczących zakresu; sposobu i okresu udostępnienia oraz wykorzystania tych zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, a także określenia zakresu polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu - pkt 8.11 SWZ. Warunki ustalone w ww. zakresie przez Zamawiającego pozostają zgodne z treścią art. 118 ust. 4 ustawy pzp.

Zobowiązanie podmiotów udostępniających zasoby złożone przez Wykonawcę w nn. postępowaniu nie ma charakteru pozornego gdyż określa i wskazuje, że podmioty udostępniające zasoby będą czynnie uczestniczyć w trakcie realizacji zamówienia.

Zarzuty odwołującego co do pozorności zobowiązania nie mają odzwierciedlenia w treści dokumentu „POTWIERDZENIE UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW”.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że nie znalazł on potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym postępowania i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie w tym zakresie nie powinno podlegać uwzględnieniu.

Ad.4 Zgodnie z treścią pkt 8.1 lit. d) SWZ wymagano:

„Wykonawca musi wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie:

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował, w tym, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych: usługi polegające na stałej obsłudze toalet ogólnodostępnych, tj. dostępnych dla każdego, na kwotę usług minimum 600 000 złotych brutto łącznie.

Przez stałą obsługę toalet Zamawiający rozumie co najmniej:

- 1) zapewnienie obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet,*
- 2) zapewnienie bieżącego ich utrzymania, w tym sprzątnięcia,*
- 3) zapewnienie środków czystości w niezbędnym zakresie.*

W sytuacji, gdy Wykonawca wykaże świadczenia powtarzające się lub ciągle, które są wykonywane, muszą one na dzień składania ofert spełniać powyższe wymaganie (lit. d)“.

Wykonawca w wykazie usług wskazał 7 usług na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu. Dla każdej z wykazanych pozycji wpisano: „Stała obsługa toalet ogólnodostępnych” co w sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości potwierdza (wbrew twierdzeniom Odwołującego jakoby wykazane usługi nie dotyczyły „stałej obsługi toalet”), że Wykonawca wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie wykonania usług w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu również łącznie należy weryfikować i badać ofertę pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę. Zatem z wykazu usług wynika termin realizacji usługi, przedmiot zamówienia zawierający w sobie „Stałą obsługę toalet ogólnodostępnych”, kwota usługi oraz podmiot na rzecz, którego wykonane było zamówienie. Załączone do wykazu usług dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych usług mogą, ale też nie muszą zawierać tożsamy informacji jakie wymagał Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zauważyć należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (tak np. w wyroku z dnia 30 listopada 2020 r., KIO 2942/20) referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający nie może zatem wymagać by treść referencji odzwierciedlała w sposób identyczny treść wykazu usług, gdyż nie taka jest rola przedmiotowego dokumentu. Niniejsze było wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, która nieodmiennie wskazywała, że treść referencji służy jedynie wykazaniu należytego wykonania zamówienia.

Ponadto w dokumencie stanowiącym załącznik do odwołania pn.: „Zastrzeżenia do Wykazu Usług Konkurenta z dnia 11.03.2022 r. - Załącznik do odwołania do KIO w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022-2025” (nr postępowania: 2/I/2022)” Odwołujący wskazuje na rzekomy brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.1 lit. d) SWZ.

Zauważyć jednak należy, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostają nieuzasadnione. Po pierwsze Odwołujący zarzuca usłudze wobec Gminy Wrocław i Gminy Szczecin m.in. „brak pobierania opłat za korzystanie z toalety”, w sytuacji gdy w SWZ Zamawiający wskazał, że przez stałą obsługę toalet Zamawiający rozumie jedynie:

- 1) zapewnienie obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet,

- 2) zapewnienie bieżącego ich utrzymania, w tym sprzątania,
- 3) zapewnienie środków czystości w niezbędnym zakresie.

Zamawiający nie wymagał aby stała obsługa polegała na m.in. pobieraniu opłat za korzystanie z toalety, dlatego też zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie znajdują potwierdzenia w treści SWZ oraz w treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez Wykonawcę.

Kolejno, Odwołujący zarzuca, że wykazane usługi nie spełniają „warunku zapewnienia stałej obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet” powołując się na ogólne stwierdzenie, że wiedzę tę pozyskano „w oparciu o SWZ opublikowane na platformach zakupowych poszczególnych zamawiających”. Nie wykazano, że opublikowane SWZ dotyczyły tych usług jakie wykazano w wykazie usług oraz dotyczyły tych samych podmiotów (zamawiających), opierając swój zarzut na lakonicznym i ogólnym stwierdzeniu o niespełnieniu wymogu „stałej obsługi”. Odwołujący nie wnioskuje o dopuszczenie dowodów z treści tych SWZ oraz załączonej do nich dokumentacji postępowania, co pozwoliłoby w sposób jednoznaczny obalić twierdzenia poczynione w tym zakresie. Jednocześnie Odwołujący jest związany zarzutami odwołania i nie mogą one zostać rozszerzone ani uzupełnione w trakcie rozprawy przed KIO.

Niezależnie od powyższego, zaznaczyć należy, iż jak wynika z praktyki zamawiających publicznych niejednokrotnie SWZ określają ogólne wymagania stawiane wykonawcom, a ich uszczegółowienie znajduje się w opisie przedmiotu zamówienia lub dopiero w projektowanych postanowieniach umowy. Dlatego też w nn. stanie rzeczy i wobec tak daleko idącej lakoniczności zarzutu trudno uznać go za udowodniony.

Potwierdzając niezasadność zarzutu Odwołującego Zamawiający z ostrożności wyjaśnia, że wykazana usługa: - na rzecz Gminy Wrocław w pozycji 1 w wykazie usług Wykonawcy została określona jako „stała obsługa toalet ogólnodostępnych” a w dokumencie potwierdzającym jej realizację wskazano, że usługa dotyczyła: „Kompleksowej obsługi toalet ogólnodostępnych”, a zatem odczytując te dokumenty łącznie należało uznać, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.1 lit. d) SWZ.

Co więcej, z tabeli „zakres usług (zgodnie z OPZ)” przedłożonego przez Odwołującego dokumentu pn. „Zastrzeżenia do Wykazu Usług Konkurenta” nie wynika by usługa ta nie zawierała w sobie zapewnienia „obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet”. Wręcz przeciwnie wskazane w tabeli „zakres usług (zgodnie z OPZ)”: „utrzymanie stałej sprawności technicznej i bezpiecznej eksploatacji oraz estetyki obiektu” „utrzymanie w stałej czystości urządzeń sanitarnych i przyborów sanitarnych” czy „utrzymanie w szalecie czystości

odpowiadającej wymogom sanitarnym” nie wyklucza, ale wręcz przemawia za obowiązkiem zapewnienia takiej obsługi personalnej w godzinach otwarcia szaletów. Trudno bowiem sobie wyobrazić by bez obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet możliwe było utrzymanie „stałej czystości urządzeń i przyborów sanitarnych”. Doświadczenie życiowe i podstawowa wiedza w nn. zakresie (którą Odwołujący także winien dysponować jako podmiot aktualnie realizujący analogiczne zamówienia na rzecz Zamawiającego) przemawia za wnioskiem odwrotnym niż formułowany przez Odwołującego.

- na rzecz Gminy Świnoujście w pozycji 5 Wykazu usług Wykonawcy została określona jako „stała obsługa toalet ogólnodostępnych” a w dokumencie potwierdzającym jej realizację wskazano, że usługa dotyczyła „(...) usługi w zakresie obsługi i bieżącego utrzymania 7 obiektów ogólnodostępnych toalet publicznych.”, a zatem odczytując te dokumenty łącznie należało uznać, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.1 lit. d) SWZ.

Analogicznie jak powyżej - z tabeli „zakres usług (zgodnie z OPZ)” przedłożonego przez Odwołującego dokumentu pn. „Zastrzeżenia do Wykazu Usług Konkurenta” nie wynika by usługa ta nie zawierała w sobie zapewnienia „obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet”. Wręcz przeciwnie wskazane w tabeli „zakres usług (zgodnie z OPZ)”: „obsługa i utrzymanie czystości” z obsługą stałą i dochodzącą nie wyklucza wniosku, że usługa ta zawiera w sobie „obsługę personalną w godzinach otwarcia toalet”. Na podkreślenie zasługuje, iż w literalnej treści pkt 8.1 lit. d) SWZ Zamawiający nie zastosował słowa „stała” w stosunku do wymogu obsługi, wskazując jedynie, iż ma to być: „obsługa personalna w godzinach otwarcia toalet”.

- na rzecz Gminy Grodków w pozycji 6 Wykazu usług Wykonawcy została określona jako „stała obsługa toalet ogólnodostępnych” a w dokumencie potwierdzającym jej realizację wskazano, że usługa dotyczyła „Umowy Nr IGP.272.13.2021 z dnia 19 grudnia 2021 r. pn.: „Utrzymanie czystości i dozoru w budynkach użyteczności publicznej w Grodkowie”, a zatem odczytując te dokumenty łącznie należało uznać, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.1 lit. d) SWZ.

Analogicznie jak powyżej - z tabeli „zakres usług (zgodnie z OPZ)” przedłożonego przez Odwołującego dokumentu pn. „Zastrzeżenia do Wykazu Usług Konkurenta” nie wynika by usługa ta nie zawierała w sobie zapewnienia „obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet”. Wręcz przeciwnie wskazane w tabeli „zakres usług (zgodnie z OPZ)”: „utrzymanie czystości, porządku i dozoru” poprzez m.in. „ciągły dozór” „uzupełnianie na bieżąco” ręczników, papieru, mydła wskazują na spełnienie warunku „obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet”. Ponownie zaznaczyć należy, iż w literalnej treści pkt 8.1 lit. d)

SWZ Zamawiający nie zastosował słowa „stała” w stosunku do wymogu obsługi, wskazując jedynie, iż ma to być: „obsługa personalna w godzinach otwarcia toalet”.

Powyższa łączna analiza dokumentów w postaci treści wykazu oraz przedłożonych referencji potwierdza, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zatem jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się w stanie faktycznym i prawnym postępowania, a tym samym odwołanie nie powinno podlegać uwzględnieniu.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego odwołanie nie powinno podlegać uwzględnieniu, gdyż żaden z zarzutów nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym niniejszego postępowania, co wyrażono stosownym stanowiskiem w treści uzasadnienia powyżej. Zamawiający wniósł wobec tego jak na wstępie.

Pismem datowanym na 14 kwietnia 2022 r. swoje stanowisko przedstawił również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania oraz przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Zgłoszony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wniosek należało uznać za niezasadny. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy PZP odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Przepis ten wskazuje na konieczność przekazania zamawiającemu odwołania lub jego kopii, nie ogranicza jednak sposobów, w jakie przekazanie to ma nastąpić. Istotne jest to, aby zostało ono przekazane w taki sposób, by zamawiający miał możliwość zapoznać się z jego treścią, przy czym nie chodzi tutaj o datę faktycznego zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania, lecz o samą możliwość zapoznania się z jego treścią. W tym zakresie wskazać należy, że przepis art. 514 ust. 3 ustawy PZP zawiera domniemanie faktyczne, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed

upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przekazanie odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 ustawy PZP) nie musi być dokonane w godzinach pracy urzędu zamawiającego, może nastąpić w każdym momencie do upływu terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od faktycznych godzin pracy jednostki zamawiającej. W ocenie Izby Zamawiający - na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu - nie wykazał, iż z uwagi na sposób przesłania odwołania, nie mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu (tak też: KIO w postanowieniu z dnia 15 czerwca 2021 r., KIO 1337/21). Z tego względu Izba uznała wniosek Zamawiającego za niezasadny.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało złożone w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedłożone przez Odwołującego jako załącznik do odwołania: zastrzeżenia do wykazu usług konkurenta z dnia 11.03.2022 r. oraz przedłożonej wraz w piśmie przygotowawczym z dnia 15 kwietnia 2022 r.: dokumentacji przetargowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wskazanej w załączniku do odwołania, a także przedłożone przez Przystępującego: harmonogram prac. Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się jednak tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022-2025, numer referencyjny: 2/I/2022.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert datowaną na dzień 28 lutego 2022 r., kwota jaką Zamawiający przeznaczył na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia to 10 102 966,00 PLN brutto. Do terminu składania ofert złożone zostały dwie oferty, tj. oferta Odwołującego na kwotę 10 686 707,80 PLN oraz Przystępującego na kwotę 9 994 605,81 PLN.

W sekcji 12 Specyfikacji Warunków Zamówienia zostały opisane wymagania dotyczące wadium. Odnosnie wadium w formie innej niż pieniężna wskazano, że: „*Wadium wnoszone w formie innej niż pieniężna musi być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej i musi obejmować cały okres związania ofertą. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązane wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium należy załączyć do zaszyfrowanej zgodnie z zapisami pkt. 15 SWZ oferty wykonawcy. Zwrot wadium przetargowego nastąpi zgodnie z art. 98 ustawy Pzp*” (pkt 12.8 SWZ).

„*W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp (pkt 12.10 SWZ). Dokumenty potwierdzające wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna, składane są w oryginale w formie elektronicznej, przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający informuje, iż sprzeczne z ww. wymogami będzie przesłanie skanu, sporządzonego w formie pisemnej, dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna (pkt 12.11 SWZ)*”.

W toku trwania postępowania termin składania ofert został ustalony ostatecznie na dzień 28.02.2022 r. godz. 10:00, co w konsekwencji spowodowało zmianę terminu związania ofertą na dzień 28.05.2022 r. (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 23.02.2022 r.).

Przystępujący wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert jako załącznik do oferty - w postaci poręczenia z dnia 24.02.2022 r. (nr 512121/2022/ANEKS). Z treści Poręczenia wynika, że poręczenie jest terminowe i udzielane na okres do dnia 28 maja 2022 r. (§ 3 ust. 3 Poręczenia) co jest zgodne z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdyż obejmuje cały okres związania ofertą wyznaczony do dnia 28.05.2022 r. Ponadto z treści Poręczenia wynika, że wypłata wadium nastąpi w sposób bezwarunkowy i nieodwołalny na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium (§ 4 ust. 1 Poręczenia). W tym samym paragrafie zostały wskazane okoliczności, których zaistnienie spowoduje wypłatę wadium przez Poręczyciela, odpowiadające okolicznościom wymienionym w art. 98 ust. 6 ustawy PZP.

W §5 ust. 2 poręczenia wskazano, że: „*Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do*

postępowania przetargowego, unieważnienia postępowania, nie wybrania oferty Zobowiązanego i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty”.

W sekcji 8 punkt 11 SWZ wskazano, że: „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając wraz z ofertą zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie to musi precyzować w szczególności:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów udostępniającego zasoby,*
- b) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;*
- c) 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”.*

Jako załącznik do oferty Przystępującego przedłożono zobowiązanie podmiotów Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą, do udostępnienia Przystępującemu zasobów. Zgodnie z treścią zobowiązania:

„Na podstawie zawartych umów z Korzystającym: Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spn.s. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, działając w imieniu Udostępniających:

- 1) Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą,*
- 2) Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spn.s. w Kostrzynie nad Odrą,*

potwierdza się ustanowione zobowiązanie do oddania do dyspozycji Korzystającego, niezbędnych zasobów, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022-2025 (oznaczenie sprawy: 2/I/2022), u Zamawiającego: „Klimat-Energia-Gospodarka Wodna”.

Ww. podmioty oświadczają, że stosownie do art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, oddadzą Wykonawcy Korzystającemu, do dyspozycji, niezbędne zasoby zdolności technicznej i zawodowej, nabyte zarówno wspólnie jak i samodzielnie, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia tj. przez cały okres realizacji zamówienia, nie krótszy niż 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy, w celu należytego wykonania zamówienia.

Wypełniając to zobowiązanie, podmioty udostępniające zasoby zobowiązują się brać udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca, za pośrednictwem swojej jednostki organizacyjnej w Krakowie, poprzez udział w jego realizacji, w tym w szczególności w formie:

- zapewnienia kadry osobowej do wykonania usługi na rzecz Zamawiającego,*
- zapewnienia niezbędnego instruktażu i szkoleń oraz nadzoru nad pracownikami Korzystającego,*
- bieżącej oceny jakości usług i udzielenia Korzystającemu wszelkiego bezpośredniego wsparcia na każdym etapie wykonywania czynności wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia”.*

Zgodnie z sekcją 8 punkt 1 lit. d SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.:

„d) Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca musi wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował, w tym, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych:

- usługi polegające na stałej obsłudze toalet ogólnodostępnych, tj. dostępnych dla każdego, na kwotę usług minimum 600 000 złotych brutto łącznie.*

Przez stałą obsługę toalet Zamawiający rozumie co najmniej:

- 1) zapewnienie obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet,*
- 2) zapewnienie bieżącego ich utrzymania, w tym sprzątnia,*
- 3) zapewnienie środków czystości w niezbędnym zakresie.*

W sytuacji, gdy Wykonawca wykaże świadczenia powtarzające się lub ciągłe, które są wykonywane, muszą one na dzień składania ofert spełniać powyższe wymaganie (lit. d)”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 marca 2022 r. (ZP.271.24.2022), Przystępujący przedłożył podmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia w zakresie przedłożonego wadium. Wśród podmiotowych środków dowodowych znajdował się m. in. wykaz usług, który sporządzony został według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Zgodnie z treścią wykazu Przystępujący wskazał na 7 usług, których przedmiotem była stała obsługa toalet ogólnodostępnych, określił wartości tych usług, daty ich wykonania oraz podmioty na rzecz których były wykonywane. Wskazał również, że powyższy wykaz obejmuje usługi zrealizowane przez Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spn. s. oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spn. s.

Zgodnie z informacją z dnia 16 marca 2022 r. Zamawiający „działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zwaną dalej „ustawą pzp”, *Klimat-Energia-Gospodarka Wodna jako Zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wybrano najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę:*

LUBUSKI ZESPÓŁ OBSŁUGI PROJEKTÓW SPN.S., ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą,

z ceną brutto w wysokości: 9.994.605,81 PLN”.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1 i 2:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do treści art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zgodnie zaś z ust. 5 ww. przepisu Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że wniesione wadium było prawidłowe, gdyż umożliwiło Zamawiającemu skuteczne zabezpieczenie swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Wadium zostało wniesione w terminie, w

jednej z form przewidzianych w ustawie, a także zabezpiecza cały okres związania ofertą. Nie istniały żadne okoliczności, co do których należałoby uznać, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego.

Z treści przedłożonego Zamawiającemu poręczenia w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Ponadto wyraźnie określono ostatni dzień jego obowiązywania, poprzez podanie daty dziennej, tj. 28 maja 2022 r., która to data jest tożsama z dniem, w którym upływa termin związania ofertą. W treści tego dokumentu nie wskazano na żadną godzinę wcześniejszą tego dnia, w której jego obowiązywanie by się kończyło, a więc stwierdzić należy, że poręczenie obowiązywało do końca dnia oznaczonego konkretną datą kalendarzową.

Zatem postawiona przez Odwołującego teza, że postanowienia poręczenia w sposób nieuzasadniony ograniczają odpowiedzialność poręczyciela, nie potwierdziła się. Zarówno w ustawie, jak i SWZ, brak jest szczegółowych wymagań dla treści poręczenia wadialnego, które wymagałyby zawierania w jego treści dodatkowych klauzul, przedłużając jego ważność ponad termin związania ofertą. Nie jest możliwe nałożenie na wykonawców obowiązków, które nie wynikają z przepisów prawa.

Z przywołanego wcześniej art. 97 ust. 5 ustawy PZP wynika, że graniczną datą, jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium, jest termin związania ofertą. Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. poręczenia, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni – a do tego głównie odnosił się zarzut Odwołującego. Zacytowany powyżej art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Zrównanie terminu ważności poręczenia z terminem związania ofertą nie może zostać uznane jako czynność wadliwa i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkować by miało odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Za nieuzasadnione uznała Izba również twierdzenia Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego powinna była zostać odrzucona z uwagi na to, że w treści wadium nie zostały przewidziane warunki obowiązku zwrotu wniesionego wadium w przypadku, jeżeli sam wykonawca wystąpi z wnioskiem o zwrot wadium w trybie art. 98 ust. 2 Ustawy. Izba przychyliła się w tym zakresie do argumentów przedstawianych zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego, że obowiązek zwrotu wadium jest zakreślony ustawą PZP. Może on zaistnieć niezależnie od woli wykonawcy, gdy wystąpią okoliczności

wskazane w art. 98 ust. 1 pkt 1 - 3 ustawy PZP lub jeżeli wykonawca wnioskuje o zwrot na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy PZP. Zamawiający zawsze dokonuje zwrotu wadium przez złożenie poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Dla realizacji tego obowiązku nie są wymagane żadne szczególne klauzule w gwarancjach/poręczeniach. Zamawiający dokonuje zwolnienia przez własną czynność, kierując oświadczenie bezpośrednio do gwaranta/poręczyciela. W związku z powyższym nieuzasadnionym jest twierdzenie, że brak tego rodzaju klauzuli w treści wadium przesądza o jego wadliwości.

W związku z powyższym zarzut ten, jak również będący de facto zarzutem wynikowym zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP, Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 3:

Zgodnie z art. 122 ustawy PZP 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.

Jak z kolei stanowi art. 118 ust. 4 ustawy PZP 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: zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby (pkt 1), sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia (pkt 2), a także 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 (pkt 3).

Dyspozycja art. 118 ust. 4 ustawy PZP wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony.

Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy treść zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby pozostaje w zgodzie z treścią art. 118 ust. 4 ustawy PZP oraz zapisami SWZ, które powielają w tym zakresie przepisy ustawy.

Treść zobowiązania podmiotu trzeciego określa przede wszystkim zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, co zdaniem Izby jasno wynika z jego postanowień, precyzując ich zbiór w sposób minimalny (wyrażenie „w szczególności”). Określony jest także sposób i okres udostępnienia zasobów – zapewnienie m. in. kadry osobowej przez cały okres realizacji zamówienia, nie krótszy niż 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy oraz wskazanie, że udział w realizacji zamówienia nastąpi w formie podwykonawstwa.

Zdaniem Izby zobowiązanie to nie ma charakteru pozornego, jak twierdzi Odwołujący. Zawiera ono jednoznaczny opis zachowania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. zobowiązanie do udostępnienia m. in. kadry osobowej na cały czas realizacji zamówienia, w celu jego należytego wykonania przez wykonawcę oraz wskazanie, że udział podmiotu udostępniającego zasoby w jego realizacji będzie miał miejsce w formie podwykonawstwa.

Pamiętać należy, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego odnosi się treść art. 65 KC, który nakazuje jego wykładnię w sposób, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zdaniem Izby należy zatem wziąć pod uwagę specyfikę przedmiotu niniejszego zamówienia, które nie jest z natury usługą skomplikowaną i nie wymaga do jej zrealizowania wyspecjalizowanych zasobów. Na podstawie treści zobowiązania możliwym jest jednoznacznie odczytanie intencji podmiotu trzeciego, który potwierdza, że oddaje do dyspozycji wykonawcy zasoby niezbędne do jego realizacji i zdaniem Izby nie ma podstaw, by odmówić temu zobowiązaniu waloru skuteczności.

W orzecznictwie za niewystarczające uznaje się przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można stwierdzić, iż wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Konieczne jest zatem przekazanie zamawiającemu konkretnej i precyzyjnej informacji o sposobie wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu (tak: wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., KIO 766/20). Zdaniem Izby zobowiązanie podmiotu trzeciego przedstawione w niniejszej sprawie spełnia wymóg na tyle konkretnej informacji by Zamawiający mógł bez wątpliwości stwierdzić realność udostępnienia zasobów oraz sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia.

Zarzut nr 4:

Celem rozstrzygnięcia zasadności przedmiotowego zarzutu kluczowym jest odniesienie się do treści warunku postawionego przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał by wykazać się doświadczeniem w zakresie realizacji usługi polegającej na stałej obsłudze toalet ogólnodostępnych, przy czym stałą obsługę toalet Zamawiający zdefiniował jako co najmniej: zapewnienie obsługi personalnej w godzinach otwarcia toalet, zapewnienie bieżącego ich utrzymania, w tym sprzątnięcia oraz zapewnienie środków czystości w niezbędnym zakresie. Usługa ta mogła więc obejmować dodatkowe elementy, jednak niezbędnymi by uznać ją za stałą obsługę toalet, są trzy składowe wskazane przez Zamawiającego.

Odwołujący w załączniku do odwołania zakwestionował cztery pozycje spośród siedmiu wykazywanych przez Przystępującego w przedłożonym przez niego wykazie usług, tj. pozycję dot. usługi realizowanej dla gminy Wrocław, Szczecin, Świnoujście i Grodków. Jednym z głównych zarzutów dotyczących ww. pozycji (z wyjątkiem gm. Szczecin) jest brak zapewnienia stałej obsługi personalnej.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę, że treść warunku udziału w postępowaniu nie wymagała stałej obsługi personalnej. Obsługa personalna w godzinach otwarcia toalet jest elementem zdefiniowanej przez Zamawiającego stałej obsługi toalet – nie chodzi jednak o stałą obsługę personalną, a po prostu o obsługę personalną – bez sprecyzowania czy ma być ona świadczona przez cały czas ich otwarcia czy tylko w wybranych przez wykonawców godzinach (z uwagi np. na względy organizacyjne). Ten element „stałej obsługi toalet” nie został przez Zamawiającego sprecyzowany, w związku z czym zarzuty Odwołującego o braku „stałej obsługi personalnej” są nieuzasadnione. Również załączone przez Odwołującego jako dowód, elementy dokumentacji dla ww. zamówień potwierdzają, że w ramach OPZ ujęte były czynności, które świadczą o obsłudze personalnej toalet, która jednak w niniejszym postępowaniu nie musiała mieć charakteru „stałej obsługi personalnej”.

Trafnie – zdaniem Izby, wyjaśnił Zamawiający, że doświadczenie życiowe przemawia za wnioskiem, że utrzymanie czystości i porządku w toaletach nie jest możliwe bez stałej ich obsługi w godzinach otwarcia. A taki właśnie przedmiot zamówienia – polegający na utrzymaniu czystości toalet, obejmowały usługi wykazywane przez Przystępującego w wykazie usług.

Nie ujął Zamawiający, w ramach rozumienia pojęcia „stałej obsługi toalet”, obowiązku wykazania się usługami, w ramach których musiały być pobierane opłaty za korzystanie z

toalety. Zamawiający nie wymagał aby stała obsługa polegała na m.in. pobieraniu opłat za korzystanie z toalety, dlatego też zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie znajdują potwierdzenia w treści SWZ oraz w treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez Wykonawcę. Izba podzieliła w tym zakresie argumenty przedstawione przez Zamawiającego.

W związku z powyższym przedmiotowy zarzut, jak też będący zarzutem wynikowym zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP, zasługiwał na oddalenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....

