

WYROK

Warszawa, 8 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 października 2024 r. przez odwołującego: Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Katowickie Wodociągi S.A. z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę dokumentów postępowania polegającą na:

1.1 usunięciu postanowienia w załączniku 6 do SWZ Opis przedmiotu Zamówienia
w części V Zakres usług pkt 3 ppkt 14 o treści:

„14) Wykonawca przedłoży Zamawiającemu oświadczenie potwierdzające, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia nie są zamieszczone w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z rejestrem ograniczonym, zgodnie wymogami art. 21 ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz.U. z 2024 r. poz. 560 tj.)”;

1.2 usunięciu w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K w § 3 ust. 24 c postanowienia w brzmieniu:

„c) oświadczenia wraz z wykazem osób, że osoby które zostały skierowane przez Wykonawcę do realizacji niniejszej umowy nie widnieją w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z dostępem ograniczonym, zgodnie z wymogami art. 21 ust. 3 Ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz. U. z 2024 r. poz. 560). Oświadczenie takie będzie wymagane od Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany tych osób, zgodnie z ust. 5”.

1.3 usunięciu w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K w § 3 postanowień w brzmieniu:

„24. Wykonawca zobowiązuje się do poinformowania Zamawiającego na piśmie o każdym przypadku dowiedzenia się o tym, że pracownik zatrudniony do wykonywania niniejszej umowy nie spełnia lub przestał spełniać warunki określone w ust. 24 powyżej. Wykonawca ma obowiązek poinformować Zamawiającego o okolicznościach wskazanych w zdaniu poprzedzającym w terminie 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o nich”.

„25. Zamawiający może w każdym czasie żądać od Wykonawcy oświadczenia na piśmie, że pracownicy zatrudnieni do wykonywania niniejszej umowy spełniają lub nie przestali spełniać warunków określonych w ust. 24 powyżej. Wykonawca ma obowiązek złożyć takie oświadczenie w terminie 7 dni od dnia złożenia przez Zamawiającego wniosku w tym zakresie”;

1.4 usunięciu w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K z § 16 ust. 1 sformułowania: „które nie figurują w Krajowym Rejestrze Karnym, co zostanie potwierdzone oświadczeniem Wykonawcy i”.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i 890 zł 10 gr (osiemset dziewięćdziesiąt złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę;

2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 490 zł 10 gr (dziewiętnaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt złotych dziesięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień

Publicznych.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 3876/24

Uzasadnienie

Katowickie Wodociągi S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn.: „Kompleksowe utrzymanie czystości basenów: Brynów, Burowiec, Zadole w latach 2025-2026” (Numer referencyjny: ZDP/PN/2/24/U/K), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 199/2024 pod numerem 616373-2024.

21 października 2024 r. wykonawca Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 w zw. z art.116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób:

1)niejednoznaczny, wewnątrznie sprzeczny i utrudniający uczciwą konkurencję, przez postawienie w rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu, pkt I, ppkt 2 litera d) odmiennych wymagań, których spełnienie dopuszcza udział wykonawcy w postępowaniu odmiennych niż w rozdziale VI Wykaz oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych, jakie muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, pkt I ppkt 8, oraz

2)nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia i nadmierny

dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, oraz

3)niemożliwy do spełnienia przez wykonawców, którzy nie podlegają regulacjom ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich, dalej „Ustawy o przeciwdziałaniu”,

a zwłaszcza

2.art. 21, teŝe, jako ŝe sformułowany w niej wymóg nie obejmuje wszystkich podmiotów działających na rynku, a jedynie podmioty prowadzące działalność związaną

z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi.

3.art. 16 Pzp w zw. z art. 21 ust. 1 i 2 Ustawy o przeciwdziałaniu przez zawężenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie do podmiotów prowadzących działalność związaną z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi, podczas gdy przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości basenów;

4.art 16 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia przez:

1)usunięcie w rozdziale VI Wykaz oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych, jakie muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia

z postępowania, pkt I ppkt 8 sformułowań „oraz ŝe osoby realizujące niniejszą umowę, ŝe nie widnieją w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z dostępem ograniczonym, zgodnie z wymogami art. 21 z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz. U. z 2024 r. poz. 560)

2)usunięcie w/w wymogu odpowiednio w treści załącznika nr 5 do SWZ,

3)usunięcie zapisu w załączniku 6 do SWZ Opis przedmiotu Zamówienia w części V Zakres usług pkt 3 ppkt 14 o

treści:

„14) Wykonawca przedłoży Zamawiającemu oświadczenie potwierdzające, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia nie są zamieszczone w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z rejestrem ograniczonym, zgodnie z wymogami art. 21 ustawy z 13 maja 2016r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz.U. z 2024 r. poz 560 tj.)”;

4) usunięcie w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K w § 3 ust 24 c postanowienia w brzmieniu:

c) oświadczenia wraz z wykazem osób, że osoby które zostały skierowane przez Wykonawcę do realizacji niniejszej umowy nie widnieją w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z dostępem ograniczonym, zgodnie z wymogami art. 21 ust. 3 Ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz. U. z 2024 r. poz. 560). Oświadczenie takie będzie wymagane od Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany tych osób, zgodnie z ust. 5.

5) usunięcie w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K w § 3 ust 25-26 w brzmieniu:

24. Wykonawca zobowiązuje się do poinformowania Zamawiającego na piśmie o każdym przypadku dowiedzenia się o tym, że pracownik zatrudniony do wykonywania niniejszej umowy nie spełnia lub przestał spełniać warunki określone w ust. 24 powyżej. Wykonawca ma obowiązek poinformować Zamawiającego o okolicznościach wskazanych w zdaniu poprzedzającym w terminie 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o nich.

25. Zamawiający może w każdym czasie żądać od Wykonawcy oświadczenia na piśmie, że pracownicy zatrudnieni do wykonywania niniejszej umowy spełniają lub nie przestali spełniać warunków określonych w ust. 24 powyżej. Wykonawca ma obowiązek złożyć takie oświadczenie w terminie 7 dni od dnia złożenia przez Zamawiającego wniosku w tym zakresie.”

6) Usunięcie w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K treści wyboldowanej § 16 ust 1 – jak poniżej:

„1. Wykonawca zobowiązuje się, że Pracownikami świadczącymi Usługi będą osoby, **które nie figurują w Krajowym Rejestrze Karnym, co zostanie potwierdzone oświadczeniem Wykonawcy i które posługują się językiem polskim w stopniu komunikatywnym.**”

Przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron Zamawiający dokonał zmian SWZ związanych z zarzutem nr 1, na skutek czego zarzut ten stał się bezprzedmiotowy i nie podlegał rozpoznaniu.

W uzasadnieniu pozostałych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał:

Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zawarcie w dokumentacji postępowania postanowień, że:

a) w załączniku 6 do SWZ Opis przedmiotu Zamówienia w części V Zakres usług pkt 3 ppkt 14 „Wykonawca przedłoży Zamawiającemu oświadczenie potwierdzające, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia nie są zamieszczone w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z rejestrem ograniczonym, zgodnie z wymogami art. 21 ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz.U. z 2024r. poz. 560 tj.)”;

b) w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K §3 ust 24-26:

24. „Wykonawca zobowiązuje się do przedstawienia, najpóźniej zawarcia umowy, niżej wymienionych dokumentów:

(...)

c) oświadczenia wraz z wykazem osób, że osoby które zostały skierowane przez Wykonawcę do realizacji niniejszej umowy nie widnieją w rejestrze sprawców przestępstw na tle seksualnym z dostępem ograniczonym, zgodnie z wymogami art. 21 ust. 3 Ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz. U. z 2024 r. poz. 560). Oświadczenie takie będzie wymagane od Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany tych osób, zgodnie z ust. 5.

25. Wykonawca zobowiązuje się do poinformowania Zamawiającego na piśmie o każdym przypadku dowiedzenia się o tym, że pracownik zatrudniony do wykonywania niniejszej umowy nie spełnia lub przestał spełniać warunki określone w ust. 24 powyżej. Wykonawca

ma obowiązek poinformować Zamawiającego o okolicznościach wskazanych w zdaniu poprzedzającym w terminie 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o nich.

26. Zamawiający może w każdym czasie żądać od Wykonawcy oświadczenia na piśmie,

że pracownicy zatrudnieni do wykonywania niniejszej umowy spełniają lub nie przestali spełniać warunków określonych w ust. 24 powyżej. Wykonawca ma obowiązek złożyć takie oświadczenie w terminie 7 dni od dnia złożenia przez

Zamawiającego wniosku w tym zakresie”.

d) w załączniku nr 8 do SWZ Umowa nr ZDP/PN/2/24/U/K §16 ust 1:

„1. Wykonawca zobowiązuje się, że Pracownikami świadczącymi Usługi będą osoby, które nie figurują w Krajowym Rejestrze Karnym, co zostanie potwierdzone oświadczeniem Wykonawcy i które posługują się językiem polskim w stopniu komunikatywnym.”

W cytowanych postanowieniach Zamawiający ogranicza krąg podmiotów mogących realizować usługę będącą przedmiotem niniejszego postępowania do podmiotów podlegających przepisom Ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich. Jak wskazano w pkt. I powyżej celem przywołanej ustawy nie jest weryfikacja absolutnie wszystkich osób realizujących jakiegokolwiek usługi, a wyłącznie osób realizujących usługi wymienione w treści ww. ustawy.

To samo odnosi się do poszczególnych przedsiębiorców. Przepisom Ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich podlegają wyłącznie przedsiębiorcy, którzy w przedmiocie swojej działalności świadczą usługi wymienione w art. 21 ww. ustawy tj. działalność związaną z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi.

Co do zasady przedsiębiorstwa specjalizujące się w świadczeniu usług porządkowych, jako profesjonalści prowadzą działalność gospodarczą w zakresie, który nie obejmuje działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi. Nawet jeżeli przedsiębiorstwa te świadczą usługi na rzecz różnych podmiotów, w tym również podmiotów, które prowadzą działalność opisaną powyżej, kierując do wykonywania umów osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy lub stosunku cywilnoprawnego.

Zatem przedsiębiorstwa świadczące usługi profesjonalnego utrzymania porządku, jako niepodlegające przepisom ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich nie muszą, a nawet nie mogą dokonywać weryfikacji pracowników w Rejestrze Przesiępców na tle seksualnym, nawet jeśli ci pracownicy są kierowani do pracy na rzecz podmiotów których dotyczy ten obowiązek. Zatem Zamawiający nakładając, w treści dokumentacji postępowania, na wykonawców obowiązek weryfikacji pracowników kierowanych do świadczenia usług będących przedmiotem postępowania w Rejestrze przestępców na tle seksualnym zgodnie z wymogami art. 21 ust. 3 Ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich (Dz. U. z 2024 r. poz. 560) ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą świadczyć usługę wyłącznie do podmiotów uprawnionych

do weryfikacji swoich pracowników w ww. rejestrze.

To Zamawiający jako zlecający usługę planuje i koordynuje jej wykonanie, zna specyfikę usługi oraz rozkład pomieszczeń oraz ewentualne ryzyko, że pracownicy świadczący usługę mogą wykonywać czynności określone w art. 21 Ustawy. Zatem to Zamawiający jest organizatorem działalności i jako organizator jest uprawniony do dokonywania weryfikacji pracowników

w Rejestrze Przesiępców Seksualnych.

W świetle powyższych okoliczności, wykonawca nie będący organizatorem działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi, nie jest ani zobowiązany, ani też uprawniony do sprawdzania w Rejestrze Przesiępców na tle seksualnym swoich pracowników (zatrudnionych), którzy wykonują pracę w obiektach klientów, których dotyczy ten obowiązek. Obowiązek sprawdzenia danych w rejestrze dotyczy wyłącznie osób wykonujących pracę/działalność związaną z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi.

Podmiotem uprawnionym do weryfikacji pracowników wykonawcy jest Zamawiający jako organizator działalności, o której mowa w art. 21 Ustawy o przeciwdziałaniu. Zasadne zatem byłoby – w celu realizacji ciążącego na nim obowiązków - żądał od wybranego wykonawcy przekazania mu listy pracowników, dedykowanych do realizacji usługi, w celu ich weryfikacji na podstawie art. 21 Ustawy o przeciwdziałaniu. Takie działanie nie naruszałoby praw pracowników, w tym prawa do prywatności i niegromadzenia nadmiernych danych przez pracodawcę. Byłoby to działanie zgodne z celem Ustawy o przeciwdziałaniu i byłoby też możliwe do zrealizowania.

Skoro zatem wykonawca nie podlega przepisom ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich, to nie może on dokonywać weryfikacji swoich pracowników bez narażania się na konsekwencje wynikające zarówno z samej ww. ustawy jak i z naruszenia przepisów RODO, gdyż przetwarzanie danych osobowych osoby wpisanej do Rejestru z

dostępem ograniczonym a dotyczących ewentualnych wyroków skazujących bez podstawy prawnej (co stanowiłoby naruszenie art. 6 ust. 1 RODO w związku z art. 10 RODO) bądź z innym naruszeniem przepisów RODO może wiązać się z ryzykiem na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych.

W świetle powyższego Nie można również wykluczyć ryzyka odpowiedzialności członków zarządu przedsiębiorstw na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy z 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, zgodnie z którym kto przetwarza dane osobowe, choć ich przetwarzanie nie jest dopuszczalne albo do ich przetwarzania nie jest uprawniony, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch.

W odpowiedzi na odwołanie z 4 listopada 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie podlegającym rozpoznaniu. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:

Efektom należytego wykonania umowy przez Wykonawcę ma być czystość obiektu

pod względem sanitarno - higienicznym, wizualnym i estetycznym. Istotny jest szerszy kontekst zamówienia, a w szczególności na miejsce, w którym będzie ono realizowane. Katowickie Wodociągi S.A. świadczą usługi w obiektach, w których realizowane są zajęcia sportowe dla dzieci i młodzieży, zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich.

Baseny Burowiec, Brynów i Zadole, jako wielofunkcyjne centra sportowe, w szczególności oferują dzieciom i młodzieży:

- a) uprawianie sportów wodnych — baseny te są miejscem nauki i doskonalenia pływania dla dzieci i młodzieży, organizacji treningów sportowych oraz rekreacyjnych zajęć w wodzie,
- b) sporty halowe — obiekty te posiadają hale sportowe, w których prowadzone są różnorodne zajęcia ogólnorozwojowe, wspierające wszechstronny rozwój fizyczny dzieci i młodzieży.

Wykonawca, odpowiedzialny za utrzymanie czystości, będzie realizował prace obejmujące m.in. natryski, przebieganie, sanitariaty, toalety oraz główne ciągi komunikacyjne. W tych miejscach jego pracownicy będą mieli bezpośredni kontakt z małoletnimi, w tym z dziećmi, które często przebywają w strefach mokrych półnagie lub nawet nagie, co dodatkowo uwrażliwia na konieczność przestrzegania przepisów związanych z ochroną dzieci i młodzieży. Należy podkreślić, że mimo pozornie technicznego charakteru pracy zespołu sprzątającego, ma on realny i częsty kontakt z dziećmi, szczególnie w strefach takich jak przebieganie

i sanitariaty. Dlatego też weryfikacja pracowników Wykonawcy pod kątem niekaralności, zgodnie z ustawą o przeciwdziałaniu przestępczości seksualnej jest kluczowa. Zaniechanie wdrożenia odpowiednich procedur może prowadzić do zagrożeń dla dzieci i młodzieży,

co stanowiłoby poważne ryzyko zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawcy

Odnosząc się do przepisu art. 21 ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością

na tle seksualnym i ochronie małoletnich, należy wyraźnie zaznaczyć, że Zamawiający, nie oczekuje od Wykonawcy, aby był organizatorem działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich (choć Zamawiający interpretuje, że ze względu na specyfikę usług utrzymania czystości mających miejsce w związku z edukacją i czy wypoczynkiem dzieci i młodzieży, wykonawca takim organizatorem może się stawać), ale w związku z tym że Zamawiający takim organizatorem pozostaje, Katowickie Wodociągi S.A. w ramach realizowanego zamówienia oczekują,

aby wykonawca spełniał wymagania w SWZ w tym zakresie określone. Słowem aby uniknąć wątpliwości, Zamawiający nie mówi, że do wykonawcy w pełnym zakresie zastosowanie znajduje art. 21 ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym

i ochronie małoletnich, ale Zamawiający wprowadził postanowienia do SWZ — na zasadach w tym przepisie określonych. Zamawiający jako organizator działalności związanej z uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich musi stosować zasady wynikające z ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich nie tylko we własnym zakresie, ale umożliwiając realizację usług przez podmioty zewnętrzne, zmuszony jest zapewniać stosowanie tych zasad. Faktem jest, że gdyby Zamawiający nie organizował zamówienia publicznego w sprawie usług kompleksowego utrzymania czystości, a zatrudniałby pracowników do tychże obowiązków,

to każdorazowo wymagałby od pracowników przedstawienia dokumentów, zgodnych

z wymaganiami ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym

i ochronie małoletnich. Jako, że w przypadku realizacji tej usługi przez wyłonionego wykonawcę — podmiot zewnętrzny, Zamawiający pracowników do takiego zakresu prac nie zatrudnia, zmuszony jest wymagać tego od wykonawców.

Przepisu art. 21 ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym

i ochronie małoletnich nie można analizować literalnie, ale ze względu na dobro dzieci

i małoletnich wymagana jest wykładnia celowościowa. Jak wskazywano w projekcie ustawy nowelizującej, „Projekt przewiduje też, celem kompletności uregulowania, obowiązki pracodawców i innych podmiotów angażujących osoby do działalności związanej

z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi w postaci uzyskania informacji o tych osobach z Rejestru przed ich zatrudnieniem lub zaangażowaniem. Obowiązek ten będzie więc stanowił kolejny aktywny czynnik ochrony przed przestępczością na tle seksualnym, chroniąc przede wszystkim małoletnich (art. 20). Jednocześnie stworzono nowy rodzaj wykroczenia penalizujący dopuszczenie do pracy lub do innej działalności związanej z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi osoby, której dane są zamieszczone w Rejestrze (art. 22 ust. 2). W ten sposób projektodawca przedstawia regulacje o charakterze kompleksowym, usuwając społecznie niepożądane sytuacje, stwarzające szerokie możliwości działania przestępcom seksualnym, co z jednej strony wpływało na utwierdzenie ich poczucia bezkarności i skłaniało do ponawiania niosących społeczne zagrożenie zachowań, a z drugiej zastraszających otoczenie i kreujących niewłaściwe relacje międzyludzkie. Podkreślić należy okoliczność, że rozwiązania

o analogicznym do zaproponowanego charakterze są znane w wielu państwach europejskich i w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej”.

Należy dodać, że zmiana treści SWZ w zakresie żądanym w odwołaniu może narażać przedstawicieli Zamawiającego na odpowiedzialność karną, co jawi się jako niedopuszczalne. Zgodnie z art. 23c ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich, kto dopuszcza do pracy lub do innej działalności związanej z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi osobę wiedząc,

że osoba ta ma obowiązek stosowania się do orzeczonego przez sąd zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów

albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W razie skazania

za to przestępstwo, sąd orzeka środek karny w postaci świadczenia pieniężnego na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej. Wysokość tego świadczenia nie może przekroczyć 30.000,00 złotych. W tym miejscu powstaje retoryczne

w swej treści pytanie, co stanie się, jeżeli Zamawiający nie będzie stawiał wymagań wobec wykonawców związanych z ustawą o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich i w zasadzie do pracy W newralgicznych obszarach,

w których przebywają dzieci i młodzież, dopuszczani będą pracownicy wykonawcy, niespełniający wymagań z art. 21 ww. ustawy. Przestępstwo, o którym mowa w art. 23c ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochroną małoletnich nie rozróżnia postaci umyślnej i nieumyślnej, jednak patrząc na treść art. 9 Kodeksu karnego ryzyko związane z odpowiedzialnością osób działających w imieniu Zamawiającego pozostawałoby realne, gdyby postanowienia SWZ tym zakresie zostały usunięte. Jak bowiem Katowickie Wodociągi S.A. jako organizator działalności związanej z małoletnimi i jego przedstawiciele mają sprawdzić czy pracownik wykonawcy nie jest osobą, która ma obowiązek stosowania się do orzeczonego przez sąd zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych

z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. Bez aktualnie obowiązujących z SWZ postanowień danych takich zweryfikować się nie da.

Mając na uwadze powyższe, nie jest więc tak jak oczekiwaliby tego Odwołujący, że zasady uregulowane w ustawie o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym

i ochronie małoletnich nie oddziałują na wykonawców. Oddziałują, dlatego że Katowickie Wodociągi S.A. są podmiotem bezpośrednio zobowiązanym do stosowania tej ustawy

i w realizowanych zamówienia publicznych mają pełne prawo wymagać od wykonawców i ich pracowników spełniania tych zasad. Biorąc pod uwagę opisywaną wyżej specyfikę działalności basenów, nie sposób powiedzieć, aby te wymagania były wygórowane, czy nieproporcjonalne.

Impel S.A. zwraca uwagę, że tego rodzaju postanowienia SWZ naruszają zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Zamawiającego tak jednak nie jest. Każdy z wykonawców aspirujących do uzyskania zamówienia, zmuszony jest te warunki spełnić i obowiązują tu równe względem wszystkich zasady. To, że Odwołujący warunków tych nie spełnia, nie oznacza z automatu, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu są nierówno traktowani. Na marginesie, poza Impel S.A. żaden inny wykonawca nie złożył w tym zakresie odwołania, ani też, wedle wiedzy Zamawiającego, do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego nie przystąpił.

Odnosząc się natomiast do sygnalizowanych przez Odwołującego naruszeń w obszarze RODO, nie można zgodzić się z argumentacją w tym zakresie. Faktycznie, ustawa

o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochroną małoletnich w ocenie Zamawiającego jest ustawą znajdującą szerokie zastosowanie. Faktem również jest, że na zakres stosowania ustawy zwracał uwagę Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych, wskazując: „Prezes UODO zwraca uwagę, że ustawa nie zapewnia odpowiedniej podstawy prawnej dla standardów ochrony małoletnich (mowa o nich w art. 22c ust. 1 i 3 ustawy). Odsyła bowiem do wytycznych, które jednak nie mają charakteru norm prawnych. Nie mogą więc kształtować kluczowych elementów przetwarzania danych. Przepisy odnoszące się do sfery praw podmiotów danych, a także obowiązków administratorów są niedookreślone (art. 21 ust. 1 w zw. z ust. 2 - 8 ustawy, art. 22c ust. 1 i 3 ustawy). Nieprecyzyjny jest zakres podmiotowy i przedmiotowy przepisów”. Co jednak istotne, są to obecnie tylko postulaty zmian ustawodawczych, które w niniejszym postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego nie mogą znaleźć zastosowania. Zamawiający zobowiązany jest opierać się na podstawie przepisów prawa i w ich granicach, a nie bazować jedynie na poglądach i oczekiwaniach co do zmian ustawodawczych. Tym samym nieuzasadnione pozostają twierdzenia o naruszaniu przez Zamawiającego przepisów RODO.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego i Zamawiającego zawarte w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, a także ze wszystkich dokumentów pisemnych wnioskowanych przez Strony.

Izba ustaliła, co następuje:

Między Stronami nie było sporu zarówno, co do treści kwestionowanych przez Odwołującego postanowień warunków zamówienia, jak również ich znaczenia i skutków. Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący wyciągnął właściwe wnioski dotyczące zakładanego sposobu funkcjonowania postanowień będących przedmiotem odwołania.

Kluczowa dla rozstrzygnięcia sporu była więc treść przepisu stanowiącego tło prawne odwołania. Art. 21 ust. 1 Ustawy o przeciwdziałaniu stanowi:

Przed nawiązaniem z osobą stosunku pracy lub przed dopuszczeniem osoby do innej działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi na pracodawcy lub innym organizatorze takiej działalności oraz na osobie, z którą ma być nawiązany stosunek pracy lub która ma być dopuszczona do takiej działalności, ciąży obowiązek określone w ust. 2–8.

Biorąc pod uwagę, że wykonawcą przedmiotu zamówienia ma być podmiot zatrudniający pracowników, przytoczony przepis będzie miał zastosowanie w zakresie dotyczącym pracodawcy i pracowników. Nie sposób przyjąć, że wykonawca przedmiotu zamówienia będzie funkcjonował jako inny organizator w rozumieniu ww. przepisu – sama obecność pracowników wykonawcy na terenie sprzątanego obiektu nie nadaje mu statusu organizatora.

Przepis ten w sposób bardzo precyzyjny określa katalog działalności (stosunku pracy), których dotyczą obowiązki wynikające z art. 21 ust. 1 Ustawy o przeciwdziałaniu. Jest to działalność związana z:

1. wychowaniem,
2. edukacją,
3. wypoczynkiem,
4. leczeniem,
5. świadczeniem porad psychologicznych,
6. rozwojem duchowym,
7. uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich,
8. opieką nad małoletnimi.

Powyższy katalog ma charakter zamknięty, co nie budzi wątpliwości biorąc pod uwagę sposób zredagowania tego

przepisu – nie ma tu określeń typu „między innymi” czy „w szczególności”. Tym samym w zakresie działalności nie objętych ww. katalogiem, art. 21 ust. 1 Ustawy o przeciwdziałaniu nie ma zastosowania. Odwołujący zasadnie zatem twierdził, że prowadząc działalność związaną ze sprzątniem nie jest uprawniony do weryfikacji pracowników

w oparciu o ten przepis. Potwierdza to również art. 12 Ustawy o przeciwdziałaniu określający podmioty mające dostęp do Rejestru Sprawców Przepięstpw na Tle Seksualnym. W zakresie pracodawców przepis ten stanowi, że prawo do uzyskania informacji o osobie ujętej

w Rejestrze, której dane zostały zgromadzone w Rejestrze z dostępem ograniczonym, przysługuje pracodawcom – przed nawiązaniem z osobą stosunku pracy związanej

z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem, świadczeniem porad psychologicznych, rozwojem duchowym, uprawianiem sportu lub realizacją innych zainteresowań przez małoletnich, lub z opieką nad nimi, w zakresie uzyskania informacji, czy dane tej osoby są zgromadzone w tym Rejestrze.

Zamawiający w swoim stanowisku procesowym powołał się na wykładnię celowościową

art. 21 Ustawy o przeciwdziałaniu wskazując przy tym, że ten rodzaj wykładni uzasadniony jest dobrem dzieci. Wskazał jednak przy tym należy, że kwestią absolutnie podstawową jest pierwszeństwo stosowania wykładni gramatycznej – po inne metody wykładni sięgnąć można dopiero, gdy wykładnia gramatyczna nie daje wystarczająco jednoznacznych rezultatów.

W przypadku art. 21 Ustawy o przeciwdziałaniu tak nie jest. Przepis został zredagowany w sposób precyzyjny, a jego treść nie budzi wątpliwości znaczeniowych czy interpretacyjnych.

Tym samym Zamawiający pod pretekstem sięgnięcia po wykładnię celowościową dokonał wykładni rozszerzającej przepisu, do czego nie był uprawniony, nawet powołując się na dobro dzieci.

Istotne jest też wskazanie rzeczywistych skutków kwestionowanych przez Odwołującego postanowień warunków postępowania w ich pierwotnym brzmieniu.

Opis przedmiotu Zamówienia w części V Zakres usług pkt 3 ppkt 14 stanowi: „Wykonawca przedłoży Zamawiającemu oświadczenie potwierdzające, że wszystkie osoby skierowane

do realizacji zamówienia nie są zamieszczone w rejestrze sprawców przestęptstw na tle seksualnym z rejestrem ograniczonym, zgodnie wymogami art. 21 ustawy z 13 maja 2016 r.

o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i ochronie małoletnich”. Wykonawca nie ma jednak co do zasady dostępu do danych w rejestrze, zatem składając takie oświadczenie z dużą dozą prawdopodobieństwa poprzestanie na złożeniu Zamawiającemu dokumentu pozbawionego rzeczywistego znaczenia. Oświadczenie zostanie złożone tylko

po to by wypełnić formalny obowiązek wynikający z OPZ. Zamawiający nie wiedziałby w tej sytuacji, czy oświadczenie ma realny charakter i świadczy o jakiegokolwiek weryfikacji zatrudnionych – Zamawiający w ten sposób zapewniłby sobie jedynie formalnoprawne zabezpieczenie, w praktyce przerzucając obowiązek weryfikacji pracowników

na nieuprawnionego do tego wykonawcę zamówienia. Rozwiązanie Zamawiającego

nie zapewnia więc dzieciom żadnej, faktycznej ochrony, trudno tu zatem mówić o kierowaniu się dobrem dziecka jako uzasadnieniem szerszego spojrzenia na obowiązki wynikające

z art. 21 Ustawy o przeciwdziałaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała twierdzenia Odwołującego za zasadne i uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu – zgodnie z żądaniami odwołania – usunięcie kwestionowanych przez Odwołującego postanowień. Izba nie nakazała Zamawiającemu wprowadzenie w ich miejsce innych rozwiązań uznając, że jest to uprawnienie w pełni mieszczące się w kompetencjach Zamawiającego jako gospodarza postępowania. Izba podkreśla, że nakaz zawarty w sentencji wyroku w żaden sposób nie zabrania Zamawiającemu wprowadzenia do warunków postępowania zasad weryfikacji osób, które będą realizowały usługę sprzątnia, przy tym zasady te muszą mieścić się w ramach Ustawy o przeciwdziałaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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