

Sygn. akt: KIO 2206/23

## WYROK

z dnia 11 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna**, ul. Dworcowa 2, 66 - 470 Kostrzyn nad Odrąw postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice**, ul. Młyńska 4, 40 - 098 Katowice

### orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Miasta Katowice na rzecz Przedsiębiorstwa Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna kwotę 19 757 zł 55 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu uiszczonego przez Odwołującego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy, kosztów dojazdu w kwocie 1 123 zł 55 gr (słownie: tysiąc sto dwadzieścia trzy złote pięćdziesiąt pięć groszy), kosztów opłaty skarbowej w kwocie 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote 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 (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok -

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

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2206/23

## Uzasadnienie

Miasto Katowice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego pn. Utrzymanie i eksploatacja szaleatów miejskich zlokalizowanych w Katowicach, to jest dla zadania Utrzymanie i eksploatacja szaleatów miejskich zlokalizowanych w Katowicach – zamówienie w 2 częściach, numer referencyjny: BZP.271.1.14.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 071 218738.

18 lipca 2023 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna (dalej: „Odwołujący” lub „PRS”) w części II postępowania który wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zastosowanie i odrzucenie oferty z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie nieprawidłowego przyjęcia, iż złożone przez Odwołującego informacje miały na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego; a w konsekwencji:

2) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

2) dokonanie ponownego badania i oceny złożonej oferty z uwzględnieniem wykazanego przez Odwołującego doświadczenia w realizacji usług wymaganych na potwierdzenie warunku zdolności technicznej i zawodowej;

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy potwierdzili spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, który brzmi: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i/lub zawodowej, jeżeli wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi w zakresie prowadzenia toalet publicznych o wartości nie niższej niż 700 000,00 każda z nich oraz przedłoży dowody, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Odwołujący złożył wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie:

15 czerwca 2023 r. do Odwołującego wpłynęło pismo: „prośba o wyjaśnienie art. 223 ust.1.pdf”, w którym Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dopytywał o szczegóły realizacji usług, rodzaj Zamawiającego, rodzaj i charakter umowy, rodzaj wykonywanych czynności. Pismem z dnia 20.06.2023 r. Odwołujący wyjaśnił na rzecz kogo i w jakiej lokalizacji wykonywane są usługi (choćby wynikało to literalnie ze złożonego wykazu), opisał również zakres wykonywanych czynności (pomimo, iż warunek dotyczył ogólnie prowadzenia toalet publicznych, zaś Zamawiający nie wskazywał jakie czynności rozumie przez „prowadzenie toalet”). Do wykazu przedłożono również referencje potwierdzające należyte wykonanie usług. Zamawiający kwestionuje prawdziwość obu wykazanych usług. Odnosząc się kolejno do przedstawionych przez Zamawiającego argumentów, Odwołujący podniósł:

ad usługa realizowana na rzecz fundacji Jupiter – prowadzenie toalet publicznych w Katowicach

Zamawiający uznał złożone dokumenty i wyjaśnienia za niewystarczające, ponieważ z przesłanego przez wykonawcę PRS wykazu nie wynika, jaki był przedmiot usługi, wykonywanej dla Katowic oraz dla Krakowa, podczas gdy w wykazie zostało wskazane, że przedmiotem usługi jest prowadzenie toalet publicznych, a dodatkowo w wyjaśnieniach z dnia 20.06.2023 r. podał: Rodzaj wykonywanych czynności dotyczył prowadzenia toalet: otwierania i zamykania pomieszczeń, dozoru, sprzątnięcia przy użyciu środków dezynfekujących i zwykłych, uzupełniania podajników mydła i papieru toaletowego, reagowania na awarie, w tym bieżące utrzymanie techniczne. Wskazano przykładowe elementy usługi toalet stacjonarnych. Udzielona odpowiedź była zatem jednoznaczna, a czynności odpowiadały „prowadzeniu toalet”. Nadto Zamawiający podniósł, iż z jego ustaleń wynika, iż Fundacja Jupiter potwierdziła podwykonawstwo PRS, a także zakres usługi, który obejmował utrzymanie czystości i bieżącą obsługę toalet. Fundacja Jupiter podała, iż do dnia 31.05.2023 r. wartość usługi wyniosła 782.383,23 zł. Jedyną, jednak nie mającą wpływu na spełnienie warunku i nie mogącą mieć wpływu na wynik postępowania, rozbieżnością między informacjami Odwołującego i danymi pozyskanymi przez Zamawiającego bezpośrednio od Fundacji Jupiter jest kwota realizowanej usługi. Odwołujący z ostrożności podał w wykazie, iż jest to kwota mniejsza, bo 750.000 zł, zaokrąglając kwotę w dół. Z uwagi na różny sposób przyjęcia obliczeń mogło dojść nieistotnych rozbieżności, które w żadnym wypadku nie miały wpływu na spełnienie warunku. Z warunku wynikała kwota 700.000 zł. Usługa nie jest jeszcze zakończona, jest w trakcie wykonywania, więc przyjęcie ostrożnościowe kwoty zaokrąglonej w dół, np. nieobejmującej jednego miesiąca z powodu braku jego fizycznego rozliczenia, nie powinno powodować wykluczenia wykonawcy za wprowadzanie w błąd mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Zarówno kwota 750.000 zł jak i 782.383,23 zł spełnia wymagania z SWZ. Rozbieżność w kwocie nie miała więc żadnego wpływu na decyzje i świadomość Zamawiającego, tym bardziej, że pomiędzy sporządzeniem wykazu, a udzieleniem odpowiedzi przez wystawcę referencji minął jakiś czas. Odwołujący w wykazie odnosił się do 9-miesięcznego okresu doświadczenia, ale 8-miesięcznego wynagrodzenia, bo według stanu rozliczeń na moment jego sporządzenia, czyli 751.087,92 zł (8 x 93.885,99 zł). Informacja Fundacji, sporządzana po upływie czasu odnosiła się z kolei do 9 rozliczeń, ale w kwocie netto. Stąd 8 x 86.931,47 zł daje wynik 782.383,23 zł. Kwota wynagrodzenia brutto za 9 miesięcy wynosiła 844.973,91 zł, czyli jeszcze więcej niż wymagano w warunku. Każda z podanych wartości nie wskazywała nieprawdy, która mogłaby powodować skutek dla wyniku postępowania, gdyż najniższa ze wskazanych (w wykazie) odpowiadała i tak warunkowi.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że Zamawiający stwierdził, iż zgłoszonym przez Fundację Jupiter podwykonawcą była firma PUC M. J. i że dalsze podwykonawstwo nie spełnia warunku. Odwołujący wskazał, iż faktycznie bierze udział w wykonywaniu zamówienia i dla wykazania doświadczenia nie jest istotne w jakiej jest roli i charakterze przy tej realizacji. Istotą nabycia doświadczenia jest faktyczne wykonywanie usługi prowadzenia toalet. Jego zleceniodawcą jest Fundacja Jupiter i to na rzecz Fundacji bezpośrednio świadczy usługę. Z ugruntowanej linii orzeczniczej wynika, iż „referencje wystawia podmiot, dla którego realizowane były prace. Brak jest regulacji, które

jednoznacznie determinowałyby podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji podwykonawcy (zamawiający czy generalny wykonawca). Zamawiający nie miał także podstaw do tego, aby oczekiwać, że Odwołujący przedłoży umowę zawartą pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą. Zamawiający nie może zatem wyciągać w stosunku do wykonawcy negatywnych konsekwencji z uwagi na niezłożenie takiej umowy" (KIO 829/21). Legitymowanie się doświadczeniem w realizacji usługi należy też odróżnić od zgłaszania podwykonawstwa przez Fundację Jupiter. W wyroku KIO 2806/22 Izba uznała, iż „zaniechanie zgłoszenia podwykonawcy do inwestora (instytucji zamawiającej), nie wyklucza możliwości powoływania się przez takiego niezgłoszonego podwykonawcę na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji określonej inwestycji. Zgłoszenie podwykonawcy i akceptacja umowy z podwykonawcą przez zamawiającego nie warunkują ważności umowy podwykonawczej, a doświadczenie zdobyte w ramach tak realizowanej umowy nie może być podważone tylko z tego względu, że podwykonawca nie został zgłoszony zamawiającemu. Zamawiający miał świadomość uczestnictwa Odwołującego w wykonywaniu zamówienia obejmującego okres od września 2022 r. (odpowiadający okresowi wykonania poprzednio prowadzonego postępowania, a obecnie jeszcze realizowanego). Wiedza ta wynikała z kontroli zatrudnienia pracowników, w wyniku której Zamawiający otrzymał umowy o pracę pracowników prowadzących toalety, gdzie jako pracodawca widnieje Odwołujący, który realizuje usługę prowadzenia toalet, wykazał ją w wykazie, i przedstawił referencje. Zostały one potwierdzone u wystawcy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dalszej części informacji uzasadnia, że Odwołujący nie spełnia warunku, gdyż Miasto Katowice, według oświadczenia, uzyskanego w odpowiedzi na zapytanie Komisji, odmówiłoby wystawienia referencji Fundacji Jupiter w kontekście potwierdzenia należytego wykonania usługi. Nie oznacza to jednak, że usługa wykonywana przez PRS na rzecz Fundacji jest realizowana nienależycie. Ani, tym bardziej że PRS podał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Wystawione referencje są prawdziwe, usługa jest realizowana, a zobowiązania regulowane. Z uzyskanych informacji wynika, że Fundacja Jupiter otrzymuje zapłatę za swoją usługę od Miasta Katowice. Ponadto, Fundacja jako obecny Wykonawca usługi reguluje faktury na rzecz Odwołującego. Zawiadomienie Zamawiającego nie zawiera informacji, jaki zakres usługi jest realizowany niewłaściwie, jaka jest to część całego zamówienia i jakie ma to odniesienie do doświadczenia Odwołującego, które zdobył. Ewentualne niezadowolenie Zamawiającego przy kompleksowej ocenie wykonania zamówienia przez Fundację nie może mieć wpływu na prawo uznania przez Fundację, że swoje usługi Odwołujący należycie wykonał. Zamawiający nie powołał się na fakt, że czynności wykonywane konkretnie przez Odwołującego są decydujące dla uznania jego doświadczenia czy referencji za nieskuteczne. Odwołujący, po otrzymaniu referencji od swojego kontrahenta, tj. Fundacji Jupiter, za wykonane należycie prace ma więc pełne prawo powoływać się na nie w toku postępowań o udzielenie zamówienia. To, że Miasto Katowice odmówiłoby wystawienia referencji nie dotyczy Odwołującego. Dodatkowo nie jest wiadome, co kryje się pod pojęciem, że zamówienie nie jest wykonywane należycie. Zamawiający nie podał żadnych konkretnych informacji potwierdzających takie stanowisko, nie przywołał w informacji o odrzuceniu oferty danych na temat istotnych uchybień, kar umownych powiązanych bezpośrednio z zakresem usługi realizowanej przez PRS i czy stanowiły one istotną część zamówienia. Jest to tym bardziej nieuprawnione, skoro usługa jest wykonywana, a pełne płatności realizowane. Odpowiedź Wydziału Kształtowania Środowiska jest bardzo lakoniczna:

Zdaniem Odwołującego realizacja usługi za bez mała 800.000 zł to nie jest kwestia, którą można sprowadzić do spontanicznego komentarza i lakonicznego podsumowania. Odwołujący z tytułu wykonywania usługi nie ma naliczonych żadnych kar umownych, a jakość usługi nigdy nie była kwestionowana przez Fundację Jupiter. W sferze domysłów pozostaje więc powód, dlaczego referencje nie zostałyby wystawione przez Miasto Katowice. Według ustaleń poczynionych na potrzeby sporządzenia odwołania wynika, że Miasto Katowice co do samej zasady kwestionuje konieczność wystawiania swoim Wykonawcom referencji tzn. czyni to tylko sporadycznie i głównie w zakresie robót budowlanych. Przeważnie, w odpowiedzi na wniosek Wykonawców wyraża się stanowisko jak w przykładowym piśmie z dnia 08.04.2022 r. odnoszące się do braku regulacji prawnych w zakresie referencji. Fundacja Jupiter wystawiła referencje potwierdzające należyte wykonanie usług, więc nieuzasadnione jest twierdzenie, że PRS wprowadza Zamawiającego w błąd, skoro Fundacja Jupiter nie zaprzeczyła wystawienia potwierdzenia współpracy, w którym uznała usługę za wykonywaną należycie. Według informacji uzyskanych od Fundacji Jupiter naliczone kary umowne i ewentualne kwestionowanie należytego wykonania usługi odnosi się do zastosowanej kary umownej za montaż kamer w szaletach (w pomieszczeniach obsługi), dozorujących obecność pracowników PRS, bez poinformowania Zamawiającego. Fundacja dokonała takiego montażu w celu monitorowania jakości usługi tzn. w głównej mierze po to, aby na bieżąco potwierdzać obecność pracowników PRS w miejscu świadczenia usługi. Pozostałe kary umowne, o których poinformowała Fundacja dotyczyły np. braku montażu tabliczki z numerem telefonu Wykonawcy, pod którym można składać skargi lub nieprzedłożenia Zamawiającemu faktur za media, które to dokumenty miały potwierdzać złożone mu i tak oświadczenie (zestawienie kosztów za zużycie mediów stanowi załącznik każdorazowo do faktury). Powyższe potwierdza, z jakiego typu i jakiej skali nienależyte wykonanie mógł mieć na myśli Zamawiający. Niemniej,

okoliczności te, skutkujące niewielkimi karami umownymi, które choć zostały zakwestionowane to i tak nie dotyczyły bezpośrednio czynności Odwołującego.

Ad usługa realizowana na rzecz Lubuskiego Zespołu Obsługi Projektów (LZOP) - prowadzenie toalet publicznych w Krakowie

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, podobnie jak w przypadku Miasta Katowice uzyskał od KEGW Kraków informację, iż gdyby Wykonawca realizowanej tam umowy przez Wykonawcę – Lubuski Zespół Obsługi Projektów (dalej „LZOP”) wystąpił o referencje to referencje nie zostałyby wystawione. Nie jest jednak wiadome z jakiego powodu, czy są to przeszkody prawne lub jakiegokolwiek faktyczne, w szczególności inne niż nieprawidłowa realizacja usługi. Zamawiający, poprzez powiązanie Odwołującego z realizującym tam usługę Wykonawcą Generalnym - LZOP (ta sama osoba reprezentująca oba podmioty) sprowadza do łącznej analizy doświadczenie tychże podmiotów i łączy odpowiedzialność za realizację usług. Są to dwa odrębne podmioty gospodarcze, gdzie na zlecenie Wykonawcy usługi świadczonej w Krakowie, Odwołujący jest jednym z podmiotów udostępniających zasoby, wymienionym w umowie. Nie może być tak, że samo ogólnikowe wskazanie przez Zamawiającego, że powziął wiedzę, że gdyby Wykonawca wystąpił u innego Zamawiającego o wydanie referencji to nie zostałyby one wystawione, jest przesądzające o tym, że usługa jest nienależycie wykonywana i to w zakresie za jaki odpowiada podmiot trzeci - PRS. Zamawiający nie podał, jaki zakres usługi miał być nienależycie wykonany i że odpowiedzialność za to ponosi Odwołujący, że dotyczy to jego zakresu działań spośród wszystkich elementów usługi świadczonych przez Wykonawcę i innych podwykonawców lub podmioty udostępniające swoje zasoby. Każdy podmiot na gruncie prawa cywilnego posiada odrębność prawną i nieuprawnione jest przypisywanie przez Zamawiającego odpowiedzialności za inny podmiot Odwołującemu na podstawie lakonicznych, bliżej nieuzasadnionych informacji. Usługa w Krakowie jest wykonywana należycie. Potwierdzają to protokoły odbioru usługi, wystawiane miesięcznie i przekazywane przez Zamawiającego w Krakowie, głównemu Wykonawcy usługi. Skoro Wykonawca otrzymuje protokoły odbioru usługi od Zamawiającego to chybione są zarzuty o jej ewentualnym nienależytym wykonaniu. Sam fakt sporadycznego zastosowania jednostkowych kar umownych, przy znacznym rozmiarze świadczonej w Krakowie usługi potwierdza wręcz, że tak duża usługa jest wykonywana należycie. Umowa obejmuje 24 lokalizacje toalet miejskich, a wartość umowy sięga 10 milionów złotych. Biorąc pod uwagę iloczyn: ilości lokalizacji (24), ilość miesięcy usługi (14) i przeprowadzaną raz w miesiącu kontrolę otrzymuje się wynik około 336 kontroli jednostkowych. Zamawiający zastosował, według treści miesięcznych protokołów 13 kar tj. w odniesieniu do 3,8% kontroli o wartości łącznej 8500 zł co stanowi poniżej 0,1% całkowitej wartości umowy. Żadna z kar nie dotyczyła zakresu usług świadczonych przez Odwołującego. Ponadto, kary te zostały zakwestionowane i żadna z nich, do chwili obecnej nie została potrącona z wynagrodzenia Wykonawcy. Prawidłowe wykonanie usługi przez Odwołującego na rzecz LZOP pozwoliło wystawić potwierdzenie należytej realizacji usługi, a odnosi się ono do tej części zamówienia, za którą Odwołujący jest odpowiedzialny. Zamawiający nie odniósł się do konkretnych okoliczności, które potwierdzałyby jego zarzuty wymienione w zawiadomieniu. Fakt, iż Dyrektor LZOP jest jednocześnie obecnym Dyrektorem PRS, nie oznacza, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, że wszelkie konsekwencje, które ewentualnie ponosi jeden podmiot automatycznie przechodzą na drugi. Oba podmioty są odrębnymi osobami prawnymi. Każdy z nich zaciąga własne zobowiązania i ponosi odrębną odpowiedzialność. Nie jest niczym niezwykłym, że powiązane ze sobą Spółdzielnie utrzymują relacje handlowe, co nie oznacza jednak, że każda powiązana firma w pełni odpowiada za pozostałe podmioty. Zakres odpowiedzialności z tytułu kar umownych dotyczy bowiem konkretnie realizowanego przez dany podmiot zakresu zamówienia, przy czym wykazanie, że usługa kompleksowo jest należycie realizowana przeczy twierdzeniom o możliwym nieprawidłowym zrealizowaniu jej części, którą realizuje Odwołujący. Pełne przekonanie LZOP, czyli Wykonawcy w Krakowie o prawidłowym wykonywaniu części usługi przez PRS, dawało podstawę wystawienia referencji, czego Zamawiający nie może kwestionować, a prawo takie potwierdza przywołane wyżej orzecznictwo.

Do odwołania zostały dołączone: referencje dotyczące wykonania usługi w Katowicach; referencje dotyczące wykonania usługi w Krakowie; pismo Zamawiającego z 15.06.2023 r. – wezwanie do wyjaśnień; pismo Odwołującego z dnia 20.06.2023 r. – wyjaśnienia; faktury Odwołującego na rzecz Fundacji Jupiter za zrealizowane usługi w Katowicach; pismo z 08.04.2022 r. - odmowa wystawienia referencji; protokoły od jednostki miejskiej z kompleksowej realizacji usług w Krakowie.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności, że po otrzymaniu wykazu wykonanych usług oraz dwóch referencji o bardzo ogólnikowej treści, które nie zawierały informacji jakie zadanie było przez niego wykonywane, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia. Odwołujący zakwestionował prawo Zamawiającego do żądania wyjaśnień i dodatkowo napisał: „*Jak wskazano w wykazie, realizowano usługę prowadzenia toalet na rzecz Fundacji Jupiter, toalety są zlokalizowane na terenie miasta Katowice. Ani z treści warunku, ani z wykazu*

nie wynikało, że należy podać dokładny adres toalet, a przeczyłoby to również zasadzie przejrzystości i to w trybie wyjaśnień treści oferty.

Co do drugiej pozycji wykazu, usługę prowadzenia toalet wykonywano na rzecz Lubuskiego Zespołu Obsługi Projektów, toalety są zlokalizowane na terenie miasta Kraków. Ani z treści warunku, ani z wykazu nie wynikało, że należy podać dokładny adres toalet, a przeczyłoby to również zasadzie przejrzystości. Wykonawca oświadcza, że realizowana umowa dotyczyła toalet publicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Kraków”.

Zamawiający stwierdził, że odpowiedź ta jest lakoniczna i nie wyjaśniała kwestii, które dla Zamawiającego były istotne. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący mija się z prawdą, gdy w swoim odwołaniu twierdzi: „Pismem z dnia 20.06.2023 r. Odwołujący wyjaśnił na rzecz kogo i w jakiej lokalizacji wykonywane są usługi”. Zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ wykonawca w kolumnie 2 powinien był podać: Przedmiot zamówienia w tym: charakterystyka wykonanej usługi wraz z informacjami koniecznymi dla oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącymi wiedzy i doświadczenia Wykonawcy oraz informację czy zostały załączone dowody określające czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Z wykazu wykonanych usług powinno wynikać, że dany podmiot wykonywał wskazane usługi jako podwykonawca i jaki był zakres wykonywanych robót, ponieważ tylko w takiej części w jakiej wykonywał zamówienie i mógł uzyskać doświadczenie. Odwołujący wolał nie wskazywać, że usługa ta jest w rzeczywistości usługą pn. „Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach” a drugą usługą pn.: „Prowadzenie toalet publicznych w Krakowie”, gminy Miejskiej Kraków, ponieważ trudno przypuszczać, że wystawcy referencji: - w przypadku Miasta Katowice - Fundacja Jupiter a w przypadku Gminy Kraków- Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna, nie wiedzieli dla jakiego zamówienia publicznego udzielili Przedsiębiorstwu Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna referencji.

Zamawiający stwierdził, że nie kwestionuje tego, że podmiotem, który może potwierdzić należyte wykonanie danej usługi jest jego zleceniodawca, rozliczany później za wykonaną usługę i będący w bezpośrednim związku prawnym z danym podwykonawcą. Takie referencje byłyby przyjęte w przypadku, gdyby cała usługa dla Miasta Katowice i Gminy Kraków była wykonywana należycie. W sytuacji, gdy z uwagi na nienależyte wykonywanie usługi Gmina Kraków stwierdza, że nie udzieli referencji wykonawcy i to samo stwierdza Miasto Katowice, to zdaniem Zamawiającego zasadnym jest nie uwzględnienie tak wykazanego doświadczenia. Dodatkowo w przypadku Gminy Miejskiej Kraków referencji otrzymanych od podmiotu z nim powiązanego osobą Prezesa. Zamówienie jest wykonywane na rzecz danego Zamawiającego i to on w efekcie nie może mieć zastrzeżeń co do jakości wykonywanego zamówienia. Zamawiający wyjaśniał kwestię wartości wykonanej usługi nie dlatego, że kwestionował, że podana na wykazie wykonanych usług i na referencjach kwota jest zbyt niska, lecz z uwagi na to, że nie można podzlecać 100% zamówienia. Zamawiający chciał wyjaśnić jaka część zamówienia została podzlecona a jaką część wykonują: Fundacja Jupiter, firma PUC M. J. oraz firma ochroniarska (za którą Fundacja Jupiter otrzymała dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert). Jednak zarówno Wykonawca jak i Odwołujący takich informacji nie udzielił. Odwołujący w swoim odwołaniu oświadczył, że prawie całe zamówienie to on wykonywał (kwota z 9 m-cy wynosi 844.973 zł, a cała umowa (na 12 miesięcy) została zawarta na kwotę 1 174 592 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego wątpliwe jest pokrycie kosztów w ramach realizacji przedmiotowego zadania poniesionych przez firmę PUC M. J. firmę ERA świadczącej usługę ochrony szaletów oraz kosztów mediów i zysku Wykonawcy z różnicy pomiędzy kwotami wypłacamy Fundacji Jupiter, a kwotami otrzymywanymi przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna jako dalszemu Podwykonawcy. Z wyjaśnień uzyskanych od Fundacji Jupiter wynika, że Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna było jego podwykonawcą (dalszym podwykonawcą) w ramach realizacji umowy zawartej z Miastem Katowice w postępowaniu pn.: *Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach*. Zakres usług tego podwykonawcy obejmuje utrzymanie czystości i bieżącej obsługi toalet w Katowicach. Zamawiający nie kwestionuje, że Fundacja mogła podpisać umowę podwykonawczą również z drugim podwykonawcą tj. z Przedsiębiorstwem Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna, ale nie zmienia to faktu, że firma PUC M. J. udostępniła zasób i zobowiązała się do wykonywania zamówienia, ponieważ z żadnego dokumentu nie wynika, że podmiot udostępniający swoje doświadczenie został zastąpiony przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że Zamawiający „jest świadomy, iż podmiot ten, jako Wykonawca posiada doświadczenie w realizacji usługi prowadzenia toalet”. W postępowaniu w 2022 roku Fundacja Jupiter oświadczyła, że podwykonawcą udzielającym jej swoje doświadczenie jest firma PUC M. J. Firma PUC została zweryfikowana na podstawie takich samych przepisów jakie były określone dla wykonawcy, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz posiadała wymagane doświadczenie, które udostępniła wykonawcy. Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna nie było oceniane pod tym względem, ponieważ nie zostało zgłoszone, że wstępuje on w miejsce Firmy PUC jako podwykonawca udzielający Wykonawcy swój zasób. Nie ma podstaw do przyjęcia, że Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna zastąpiło firmę PUC M. J., z którą Fundacja Jupiter zobowiązała się współpracować. W tej sytuacji firma PUC M. J.

zdaniem Zamawiającego jest podmiotem:

- który posiada wymagane na etapie postępowania o udzielenie zamówienie publiczne doświadczenie, które użyczył wykonawcy,
- który złożył oświadczenie, że zamówienie będzie wykonywał,
- z którym Fundacja Jupiter przede wszystkim powinna zawrzeć umowę o podwykonawstwo,
- któremu winno być wypłacone z tytułu j.w. wynagrodzenie.

Zdaniem Zamawiającego powoływanie się przez Odwołującego na wyrok KIO 2806/22 jest bezzasadne, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie jest problemem zgłaszanie podwykonawstwa, lecz to, że Wykonawca - Fundacja Jupiter, który ubiegając się o udzielenie zamówienia w 2022 roku w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegał na zasobie innego podmiotu w zakresie posiadanego doświadczenia, a podmiot użyczający Fundacji Jupiter swoje doświadczenie oświadczył, że będzie wykonywał zamówienia i na tej podstawie Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu jakichś bliżej nieokreślonych powodów udzielił referencji Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna (na wykonanie prawie całości umowy), a podmiot ten nie zastąpił Firmy PUC M. J.W przypadkach określonych w art. 122 ustawy Pzp wykonawca mógłby zastąpić podmiot użyczający mu swój zasób innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnie wykonać zamówienie, ale tylko wtedy, jeśli spełnia (w momencie zmiany) warunki udziału w postępowaniu. Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą jest dalszym Podwykonawcą Fundacji Jupiter i jak wskazuje w swoim odwołaniu realizuje ono zdecydowaną większość usług wynikających z zawartej umowy w 2022 r., w tym wszystkie czynności w związku z którymi zostały nałożone kary umowne. Następnie Zamawiający wskazał postanowienia umowy, przewidujące kary umowne za stwierdzone uchybienia w wykonywaniu umowy przez Fundację Jupiter.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że co do samej zasady kwestionuje konieczność wystawiania swoim Wykonawcom referencji tzn. czyni to tylko sporadycznie i głównie w zakresie robót budowlanych. Miasto Katowice wystawia referencje w przypadku, gdy usługa wykonywana jest należycie. Zdaniem Zamawiającego to, że Fundacja Jupiter wystawiła referencje może być wynikiem jej zbyt niskich wymagań względem podwykonawcy. Zamawiający nie wyklucza, że taka współpraca miała miejsce, lecz uzasadnionym jest twierdzenie, że usługa nie jest wykonywana należycie. Fundacja wystawiła referencje podmiotowi, który nie miał wymaganego doświadczenia, a naliczane kary umowne potwierdzają, że usługa przez niego wykonywana nie była wykonywana należycie.

Następnie Zamawiający podał, że nie twierdzi, że w przypadku podmiotów powiązanych ze sobą wszelkie konsekwencje, które ewentualnie ponosi jeden podmiot automatycznie przechodzą na drugi. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że każdy z nich zaciąga własne zobowiązania i ponosi odrębną odpowiedzialność. Nie jest niczym niezwykłym, że powiązane ze sobą Spółdzielnie utrzymują relacje handlowe, co nie oznacza jednak, że każda powiązana firma w pełni odpowiada za pozostałe podmioty. Jednak w sytuacji, gdy jeden podmiot jest reprezentowany przez tego samego Prezesa, to w takim wypadku mamy do czynienia z oświadczeniem złożonym samym sobie i taki dokument mógł być stworzony wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Podwykonawca, którego Prezesem jest Pan W. B. -Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna udzielił referencji firmie ubiegającej się o zamówienie tj. Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna, której Prezesem jest również Pan W. B. Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna wystawił referencje potwierdzające należyte wykonanie usług a końcowy zamawiający oświadcza, że usługa nie jest wykonywana należycie. Odwołujący nie wskazał, na żadne argumenty, z których by wynikało, że to zdanie wykonawcy usługi jest ważniejsze niż zlecającego daną usługę (a więc Zamawiającego). Gmina Miejska Kraków (w imieniu której działa „Klimat -Energia- Gospodarka Wodna” z siedzibą w Krakowie) oświadczyła, że na wykonawcę zostały nałożone kary umowne, które nie zostały uregulowane a dodatkowo trwa postępowanie wyjaśniające w związku z kolejnymi zdarzeniami stwierdzonymi podczas kontroli prawidłowej realizacji umowy, mogącymi podlegać karze.

Do pisma zostały załączone: oferta Fundacji Jupiter z 2022 r.; zobowiązanie Firmy PUC z 2022 r.i przedłożone referencje; przykładowe referencje wystawione przez Wydział Kształtowania Środowiska; kopie wezwań (30 stron) – w wersji elektronicznej.

W piśmie z 10 sierpnia 2023 r. Odwołujący ustosunkował się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie stwierdzając w szczególności, że Zamawiający, złożoną odpowiedzią na odwołanie, próbuje rozszerzyć, lakonicznie sporządzone uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty i to na podstawie okoliczności

dotyczących innego Wykonawcy, a nie Odwołującego. Całość korespondencji przedłożonej przez Zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie, jest adresowana i dotyczy Fundacji Jupiter, stanowiąc także nowe okoliczności, nieznanne zresztą w chwili rozstrzygnięcia postępowania. Jak wynika z tej korespondencji, kary umowne stosowane były jedynie trzykrotnie i wynikały one np.:

- a)z braku tabliczki o miejscu składania skarg (kontakty do Wykonawcy), tj. okoliczności, za którą odpowiada ewentualnie Fundacja i która nie świadczyła bezpośrednio o fakcie, że usługa jest nieprawidłowo wykonywana,
- b)z braku załącznika do faktury w zakresie mediów, za które koszt ponosi Wykonawca, niemniej z uzyskanych informacji wynika, że załącznik ten jest każdorazowo dołączany, gdyż bez niego nie zostałoby wypłacone wynagrodzenie, a brak jego przekazania do wydziału merytorycznego wynikał jedynie z braku pobrania z platformy ePUAP, jako drugiego załącznika, tj. okoliczności za którą odpowiada ewentualnie Fundacja i która nie świadczyła bezpośrednio o fakcie, że usługa jest nieprawidłowo wykonywana,
- c)z dokonania montażu kamer w pomieszczeniach obsługi, celem kontroli obecności pracowników, na co Odwołujący wyrażał zgodę obecnemu Wykonawcy (Fundacji) i co nie było jakimkolwiek naruszeniem umowy, która nie reguluje tego typu kwestii, a co było niezbędne dla oceny prawidłowego świadczenia usługi, tj. okoliczności, za którą odpowiada ewentualnie Fundacja i która nie świadczyła bezpośrednio o fakcie, że usługa jest nieprawidłowo wykonywana,
- d)z chwilowego opuszczenia toalety przez pracownika, który źle się poczuł i czekał w kolejce w pobliskiej aptece na zakup leku,
- e)z jednostkowego zanieczyszczenia toalety bezobsługowej w parku, co nie stanowiło zaniedbania, gdyż nie był to obiekt stale dozorowany, a uprzątnięty raz dziennie przez serwis mobilny, przy czym sytuacje zanieczyszczenia przez użytkowników mają miejsce praktycznie codziennie,
- f)z braku przedłożenia umowy z agencją ochrony na objęcie dozorem interwencyjnym toalet, przy czym Zamawiający nie kwestionuje, że taki dozór jest zapewniony, a Fundacja udostępniła Odwołującemu potwierdzenie, że złożyła Zamawiającemu dokument, iż toalety są objęte takim dozorem i nastąpiło to przed rozpoczęciem realizacji zamówienia.

W dniu 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej potwierdził, że stosował trzykrotnie ww. kary umowne. Zdaniem Odwołującego bez względu na to, wobec kogo przypisana zostałyby wina za okoliczności faktyczne zastosowania wskazanych kar i nawet pomijając fakt, że zostały one zakwestionowane czy też, że w większości nie dotyczyły jednak bezpośrednio przedmiotu umowy, to ich wysokość nie przekraczała 1% wartości umowy. Podobna skala odnosi się do zarzutu opuszczenia toalety w związku z pilną koniecznością zakupu leku. Dotychczas, wykonano podczas realizacji zamówienia ponad dwa tysiące dziennych usług (licząc ilość miesięcy i lokalizacji), a Zamawiający zarzuca jedno opisanie naruszenie, dotyczące kilku minut, który to argument pozostaje i tak kontrowersyjny etycznie. Odpowiedź na odwołanie kwestionuje potwierdzenie należytej realizacji usługi przez Odwołującego na rzecz Fundacji, przy czym Zamawiający nie uzasadnił, skąd posiada wiedzę w tym zakresie. Uzasadnieniem takim nie jest kilka drobnych uwag, które Zamawiający posiada bezpośrednio w stosunku do Fundacji, za okoliczności które należałoby jej przypisać, ale biorąc pod uwagę wysokość kar i przywoływane argumenty nie sposób uznać, że usługa nawet ze strony Fundacji mogłaby być wykonywana nienależycie. Usługa jest w dalszym ciągu realizowana, a Fundacja potwierdziła, że otrzymuje wynagrodzenie od Zamawiającego w pełnej wysokości. Z posiadanych informacji wynika, iż obecny Wykonawca jest w stałym kontakcie telefonicznym, jak i doraźnie pisemnym z Zamawiającym. W kontakcie takim jest również stale przedstawiciel Odwołującego. Jedyne spotkanie stacjonarne wyznaczone przez Zamawiającego zostało odwołane. Odwołujący stwierdził, że przedłoży na rozprawie:

- 1)Pismo Zamawiającego z dnia 24 lutego 2022 r., na okoliczność treści wynikającej z ostatniego akapitu (strona 2), w którym Zamawiający potwierdza, iż nie wydaje referencji, gdyż treść umowy zamówienia nie obowiązuje go do tego,
- 2)Pismo Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2023 r., na okoliczność ilości i wartości kar zastosowanych wobec Fundacji oraz braku pełnego udzielenia informacji na wniosek Wykonawcy z dnia 25 lipca 2023 r.,
- 3)Wniosek Wykonawcy z dnia 25 lipca 2023 r., w którym zawnioskowano o udzielenie informacji o zastosowanych karach wobec Fundacji, ale także okolicznościach faktycznych ich nałożenia, których w odpowiedzi nie podano. Mimo udzielenia informacji Odwołującemu w tym zakresie (brak pełnej odpowiedzi na wniosek jak i brak informacji w rozstrzygnięciu postępowania) Zamawiający uznał, iż usługa jest nienależycie wykonywana i należy to także przenieść do odpowiedzialności Odwołującego bez bliższego wyjaśnienia,
- 4)Z ostrożności - fotografie wykonane przy sporządzaniu protokołów przekazania obiektów toalet, przedstawiające ich

szczególny stan, na okoliczność standardu usługi, jaki Zamawiający (odpowiedzialny za stan techniczny toalet i ich wyposażenie oraz funkcjonalność) wyznaczył w praktyce Wykonawcy usługi, a także na okoliczność tego stanu w odniesieniu do tego, iż mimo wszystko pozwolił on Zamawiającemu, aby świadomie wystawił referencje poprzedniemu Wykonawcy usługi (Agencja Vica-Security). Treść referencji Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie jako przykładowe,

- 5) Protokoły zdawczo-odbiorcze z dnia 1 września 2022 r. udostępnione Odwołującemu, podpisane trójstronnie przez poprzedniego Wykonawcę usługi, Zamawiającego oraz Fundację, wskazujące na stan obiektów i uszkodzenia, na okoliczność standardu w jakim funkcjonowały obiekty, realnych możliwości zdobycia zadowolenia Zamawiającego przy ich rzeczywistym stanie zastanym po zakończeniu usługi przez poprzedniego Wykonawcę, któremu referencje wystawiono,
- 6) Pismo Zamawiającego z dnia 15 marca 2023 r. udostępnione Odwołującemu o odwołaniu spotkania, na okoliczność braku zaniechania kontaktu ze strony Fundacji podczas jedyne go wyznaczonego spotkania w sprawie usługi, a także na okoliczność braku spotkań roboczych, mogących wyjaśnić wszelkie kwestie związane ze współpracą na wypadek zastrzeżeń,
- 7) Wiadomość z dnia 27 września 2022 r. udostępniona Odwołującemu, wraz z załącznikami – umowami o pracę zawartymi z pracownikami przez Odwołującego, na okoliczność, iż Zamawiający wiedział o wykonywaniu usługi przez Odwołującego na zlecenie Fundacji, w zakresie utrzymania czystości przy pomocy pracowników porządkowych, gdyż na wezwanie Zamawiającego skierowane do Fundacji, dokumenty te zostały przedłożone przy kontroli prawidłowości zatrudnienia,
- 8) Wiadomość z dnia 30 sierpnia 2022 r. udostępniona Odwołującemu wraz z załącznikiem – zaświadczeniem ERA sp. z o.o., na okoliczność otrzymania przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego objęcie ochroną obiektów toalet przed rozpoczęciem świadczenia usługi, którego to otrzymanie Zamawiający uważa za niewystarczające, mimo iż dokument dostarcza niezbędnych informacji, które mogą być przedmiotem jego zainteresowania,
- 9) Protokoły kontroli sanitarnej toalet w Katowicach, udostępnione Odwołującemu, na okoliczność prawidłowego stanu sanitarnego toalet, w tym opinii organu kontroli urzędowej, który nie ma – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – zastrzeżeń co do czystości toalet, w okresie realizacji umowy przez Fundację przy zaangażowaniu Odwołującego, która to czystość jest przedmiotem usługi,
- 10) Faktury rozliczeniowe za usługi wykonane na rzecz Lubuskiego Zespołu Obsługi Projektów w toaletach w Krakowie, którą to pracę wskazano w wykazie wykonanych usług, na okoliczność jej świadczenia, co potwierdzają także protokoły odbioru usługi, wystawione przez jednostkę budżetową Gminy Kraków, które dołączono do odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do ww. pism i złożone przez Odwołującego na posiedzeniu, które zostały zapowiedziane w jego ww. piśmie, a także dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał Odwołujący jest wykonawcą, który jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu na część II. Oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, zawiera cenę zawierającą się w środkach przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia i gdyby nie bezzasadne wykluczenie Odwołującego, odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania, uznano by ją za najkorzystniejszą. Zamawiający odrzucając ofertę i unieważniając postępowanie pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Stosownie do pkt 8 SWZ Część II pkt 4) Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagając, aby wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi w

zakresie prowadzenia toalet publicznych o wartości nie niższej niż 700 000,00 zł każda z nich oraz przedłożył dowody, czy potwierdzające ich należyte wykonanie/wykonywanie.

Zgodnie z pkt 11 ppkt 5) lit. b SWZ na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni złożyć wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane wraz z dowodami ich należytego wykonania,

W pkt 10 ppkt 1) SWZ Zamawiający przewidział, iż wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa m.in. w art. 109 ust. pkt 1-10 ustawy Pzp.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 8 maja 2023 r. w części II zamówienia została złożona jedna oferta, tj. oferta Odwołującego.

Odwołujący na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu przedłożył wykaz wykonanych usług przedstawiony powyżej w odwołaniu, w którym wskazał, że posiada doświadczenie przy wykonywaniu usług o wymaganej wartości w wykonywaniu usługi prowadzenia publicznych toalet w Katowicach oraz w Krakowie. Przedłożył również referencje wystawione przez Fundację Jupiter (dla Miasta Katowice) i przez Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna (dla Gminy Kraków), z których wynika należyte wykonanie usług.

Pismem z 15 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień wskazując:

*Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwraca się o wyjaśnienia dotyczące przesłanego przez Państwa w dniu 13 czerwca 2023 r. wykazu wykonanych usług wraz z referencjami. Na wykazie wskazaliście Państwo następujące usługi:*

- 1. „Prowadzenie toalet publicznych”, wartość brutto - 750 000, termin realizacji 09.2022 — 05.2023, miejsce wykonywania - Katowice, Zamawiający Fundacja Jupiter*
- 2. „Prowadzenie toalet publicznych”, wartość brutto - 2 470 000, termin realizacji - 05.2022 — 05-2023, miejsce wykonywania - Kraków, Zamawiający - Lubuski Zespół Obsługi Projektów*

*Prosimy o wyjaśnienie:*

- 1. Czy usługa wskazana na wykazie jako pierwsza wykonywana była w ramach realizacji przez Fundację Jupiter zamówienia publicznego Miasta Katowice Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach, część 2, nr postępowania: BZP.271.1.32.2022.*

*a) Jeśli tak - prosimy o wyjaśnienie:*

*- jakiego rodzaju umowę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna zawarło z Fundacją Jupiter, wybraną przez Miasto Katowice jako wykonawca części 2 tego zamówienia. - wskazanie rodzaju wykonywanych czynności.*

*b) W przypadku odpowiedzi negatywnej na pytanie (tj. jeśli nie była to usługa wykonywana w ramach zamówienia udzielanego przez Miasto Katowice) prosimy o:*

*- wskazanie dokładnych danych identyfikujących to zadanie, to jest wskazanie, których toalet publicznych dotyczyła umowa, informację, czy Fundacja Jupiter była Zamawiającym, czy też wykonawcą zadania zlecanego przez inny podmiot, - jakiego rodzaju "mowę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna zawarło z Fundacją Jupiter - jaki był rodzaj wykonywanych przez Przedsiębiorstwo czynności.*

*2. Czy usługa wskazana na wykazie jako druga wykonywana była w ramach realizacji przez Lubuski Zespół Obsługi Projektów zamówienia publicznego Miasta Kraków Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Kraków latach 2022-2025 Numer postępowania: 2/i/T22.*

*a) jeśli tak - prosimy o wyjaśnienie:*

*- jakiego rodzaju umowę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna zawarło z Lubuskim Zespołem Projektów SPM.S., wybranym przez Miasto Kraków jako wykonawca tego zamówienia*

*- wskazanie rodzaju wykonywanych czynności.*

*b) W przypadku odpowiedzi negatywnej na pytanie (tj. jeśli nie była to usługa wykonywana w ramach zamówienia udzielanego przez Miasto Kraków, opisane wyżej) prosimy o*

- wskazanie dokładnych danych identyfikujących to zadanie, to jest wskazanie, których toalet publicznych dotyczyła umowa,
- wyjaśnienie czy Fundacja Jupiter była Zamawiającym, czy też wykonawcą zadania zlecanego przez inny podmiot,
- jakiego rodzaju umowę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna zawarło z Lubuskim Zespołem Projektów SPN.S
- jaki był rodzaj wykonywanych przez Przedsiębiorstwo czynności.

W odpowiedzi na ww. wezwanie z 20 czerwca 2023 r. Odwołujący wskazał w szczególności:

*Dla oceny spełnienia warunku wystarczające jest, aby wykazywane doświadczenie dotyczyło prowadzenia toalet publicznych. elementy tej usługi, z racji jej mało skomplikowanego charakteru nie mogą zasadniczo różnić się od siebie, tak jak to ma miejsce przykładowo przy robotach budowlanych.*

*W opinii Wykonawcy, wnioskowany pismem z 15.06.2023 r. zakres informacji przekracza ewidentnie literalnie skonstruowany warunek i godzi w zasadę proporcjonalności. Zasada ta wprowadza obowiązek stosowania przepisów w sposób zbalansowany i to tak, aby ograniczać proceduralne bariery dla ubiegających się o zamówienie wykonawców.*

*Z samej literalnej treści art. 16 Pzp wynika również, że każdy element (każde działanie zamawiających publicznych) postępowania o udzielenie zamówienia powinien zostać ukształtowany zgodnie z tą zasadą – począwszy od wyboru trybu postępowania, a na czynnościach proceduralnych skończywszy. Zasada proporcjonalności wymaga, aby instytucje nie wykraczały poza to, co stosowne i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym, jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów.*

*Niemożliwe jest doszukanie się celu wezwania Zamawiającego, nawet jeżeli niektóre elementy usług wskazanych w wykazie byłyby różne od usługi, która ma być świadczona dla Zamawiającego. Oczywistym jest jednak, że prowadzenie toalet publicznych nie może istotnie odbiegać od siebie pomiędzy różnymi miastami.*

*W swoim piśmie, Zamawiający powołuje jako podstawę prawną art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszący się do treści oferty, tymczasem zaprezentowana w wezwaniu docieklivość nie odnosi się do oferty, a do podmiotowych środków dowodowych.*

*Wykonawca realizuje usługi prowadzenia toalet publicznych m.in. na rzecz wskazanych w wykazie podmiotów. Jego zleceniodawca został każdorazowo wymieniony w wykazie, a dalsze relacje umowne między tymi, a innymi podmiotami nie mają dla Wykonawcy znaczenia. To jego zleceniodawca jest odbiorcą i płatnikiem za usługę, której potwierdzenie wykonania wydaje Wykonawcy jako bezpośredni odbiorca usługi. Referencje są oświadczeniem wiedzy i to według wiedzy zleceniodawcy Wykonawcy oceniać należy wykonaną przez Wykonawcę usługę na jego rzecz. W przypadku realizacji usług, w ramach większego zlecenia realizowanego przez kontrahenta, odebrane prace odnoszą się do części wykonanej przez Wykonawcę.*

*Jak wskazano w wykazie, realizowano usługę prowadzenia toalet na rzecz Fundacji Jupiter, toalety są zlokalizowane na terenie miasta Katowice. Ani z treści warunku, ani z wykazu nie wynikało, że należy podać dokładny adres toalet, a przeczyłoby to również zasadzie przejrzystości i to w trybie wyjaśnień treści oferty. Wykonawca oświadcza, że realizowana umowa dotyczyła toalet publicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Katowice. Zlecającym usługę dla Wykonawcy była Fundacja Jupiter w ramach umowy cywilnoprawnej. Rodzaj wykonywanych czynności dotyczył prowadzenia toalet: otwierania i zamykania pomieszczeń, dozoru, sprząwania przy użyciu środków dezynfekujących i zwykłych, uzupełniania podajników mydła i papieru toaletowego, reagowania na awarie, w tym bieżące utrzymanie techniczne. Wskazano przykładowe elementy usługi toalet stacjonarnych.*

*Co do drugiej pozycji wykazu, usługę prowadzenia toalet wykonywano na rzecz Lubuskiego Zespołu Obsługi Projektów, toalety są zlokalizowane na terenie miasta Kraków. Ani z treści warunku, ani z wykazu nie wynikało, że należy podać dokładny adres toalet, a przeczyłoby to również zasadzie przejrzystości. Wykonawca oświadcza, że realizowana umowa dotyczyła toalet publicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Kraków. Zlecającym usługę dla Wykonawcy był Lubuski Zespół Obsługi Projektów, na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zakres czynności był tożsamy jak dla usługi w Katowicach, którą opisano powyżej.*

W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał: (...)

*Część II postępowania została w dniu 17 lipca 2023 roku unieważniona na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp., ponieważ w postępowaniu dla tej części nie pozostała ani jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.*

Uzasadnienie:

dot. referencji dla postępowania „Prowadzenie toalet publicznych” w Krakowie przedstawionych przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna

Wykonawca, wskazując na wykazie usług usługę wykonywaną dla Gminy Kraków, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, podlega więc wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Gmina Miejska Kraków w dniu 7 lipca 2023r. oświadczyła, że gdyby wykonawca usługi „Prowadzenie toalet publicznych w Krakowie”, Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna 1 siedzibą w Kostrzynie nad Odrą (wykonawca wybrany w przetargu nieograniczonym, umowa do 2025 roku), zwrócił się o wystawienie referencji potwierdzających, że usługa wykonywana jest należycie, to odmówiłaby ich wystawienia.

Prezes Lubuskiego Zespołu Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna pan W. B. wystawił referencje swojemu podwykonawcy (który jest podmiotem powiązany), tj. Przedsiębiorstwu Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna, którego prezesem jest również pan W. B.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca i podwykonawcą są podmiotami ze sobą powiązanymi, a Gmina Kraków oświadczyła, że zamówienie „Prowadzenie toalet publicznych” w Krakowie nie jest należycie wykonywane i nie wystawiłaby wykonawcy (tj.: Lubuskiemu Zespołowi Obsługi Projektów Spółdzielnia Socjalna) referencji, to przedstawione przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna dokumenty nie potwierdzają dysponowania doświadczeniem, z uwagi na nienależyte wykonywanie zamówienia.

2.dot. referencji dla postępowania „Prowadzenie toalet publicznych” w Katowicach przedstawionych przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna

Wykonawca, wskazując na wykazie usług usługę wykonywaną dla Miasta Katowice, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, podlega więc wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w odpowiedzi na pismo Komisji, w dniu 21.06.2023 r. w swoich wyjaśnieniach dotyczących uzyskanego Katowicach doświadczenia zw. z zadaniem „Prowadzenie toalet publicznych” podało jedynie, że przedmiotem zamówienia jest obsługa ogólnodostępnych toalet, równocześnie zakwestionowało prawo Zamawiającego do wyjaśniania zawartych „wykazie wykonanych usług” oświadczeń.

Zgodnie z orzeczeniem 2423/19 Komisja nie może samodzielnie domyślać się faktów, a ciężar wskazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy.

Komisja uznała wyjaśnienia za niewystarczające ponieważ z przesłanego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna wykazu wykonanych usług oraz załączonych referencji nie wynika, jaki był przedmiot usług wykonywanej dla Katowic oraz dla Krakowa.

Komisja zwróciła się o wyjaśnienia również do Fundacji Jupiter. Z wyjaśnień uzyskanych od Fundacji wynika, że Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna było jego podwykonawcą (dalszym podwykonawcą) w ramach realizacji umowy zawartej z Miastem Katowice postępowaniu pn.: Utrzymanie eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach. Zakres usług tego podwykonawcy obejmuje utrzymanie czystości i bieżącej obsługi; toalet w Katowicach. Wartość zrealizowanych usług przez ww. podmiot w okresie 01.09.2022 - 31.05.2023 wynosi 782 383,23 co wynika rozliczeń na podstawie otrzymanych faktur od podwykonawcy.

Komisja stwierdziła, że doświadczenie uzyskane przy realizacji zadania pn: „Utrzymanie eksploatacja szaletów miejskich Katowicach” (umowa zawarta v: 2022 roku) nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W postępowaniu BZP,272.1.32.2021 Fundacja Jupiter, która złożyła ofertę oświadczyła, że zamówienie będzie wykonywane przy pomocy podwykonawcy, który równocześnie był podmiotem używającym wykonawcy swój potencja: tj. Firmy PUC M. J.. Takie samo oświadczenie złożyła firma PUC.

Zamawiający stoi na stanowisku, że dalsze podwykonawstwo nie potwierdza spełnienia warunku, biorąc pod uwagę, że w wykonanie zadania cały czas zaangażowany był podmiot PUC (Wykonawca nie powiadomił Zamawiającego o zmianie podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 462 ust 7 ustawy). Tak więc mimo zaangażowania PRS, za realizację zamówienia Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach odpowiadają wykonawca Fundacja Jupiter oraz podwykonawca PUC.

Ponadto Zamawiający otrzymał sprzeczne informacje dot. wartości wykonanych przez PRS usług. Wartość umowy Miasta Katowice z Wykonawcą Fundacja Jupiter wynosiła 1 174 632 brutto. Na wykazie wykonanych usług

podano, że wartość wykonywanej usługi przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna wynosi 750 000 zł. Natomiast z informacji otrzymanej od Fundacji Jupiter wynika, że kwota ta w okresie 01.09.2022 31.05.2023 wynosiła 782 383,23 zł. Umowa trwa do września 2023 roku, więc nie jest jasne, dlaczego kwota na wykazie (umowa trwająca do września), to kwota mniejsza od płatności dokonanych do maja (jak informuje Jupiter).

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Fundacja Jupiter o wyjaśnienia, w tym o wskazanie konkretnych czynności składających się na zamówienie, a wykonywanych przez podwykonawców, w tym PUC i PRS oraz płatności dokonanych na rzecz wszystkich podwykonawców, ale nie uzyskał odpowiedzi.

Dodatkowo Wydział Kształtowania Środowiska Urzędu Miasta Katowice, sprawujący nadzór nad realizacją zamówienia ramach postępowania „Utrzymanie i eksploatacja szaleatów miejskich zlokalizowanych w Katowicach część (nr sprawy: 3ZP.271.1.32.2022), odpowiedzi na zadane przez Komisję pytanie, w dniu 11.07.2023 r. oświadczył, że gdyby wykonawca usługi tj.: Fundacja Jupiter z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim zwrócił się do Miasta Katowice o referencje potwierdzające, że usługa jest wykonywana należcie, to odmówiłby ich wystawienia.

Biorąc więc pod uwagę, że PRS nie wykazał że wykonywało usługę polegającą na prowadzenie toalet o wartości 700 000 zł, a także biorąc pod uwagę, że Wydział Kształtowania Środowiska Urzędu Miasta Katowice, sprawujący nadzór nad realizacją zamówienia w ramach postępowania „Utrzymanie eksploatacja miejskich zlokalizowanych w Katowicach - część oświadczył, że zamówienie i nie wystawiłby wykonawcy (Fundacja Jupiter) referencji, to doświadczenie wykazywane przez dalszego podwykonawcę tj. Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnianie spełnia warunku w postępowaniu.

**Podsumowanie:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, gdy ofert została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Z uwagi na powyższe Zamawiający nie zwracał się w trybie art. 128 ust.1 ustawy pzp do Wykonawcy do uzupełnienie wykazu potwierdzającego spełnienie warunku udziału postępowaniu tj. potwierdzającego, że Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna wykonywał min dwie usługi polegające na prowadzeniu toalet o wartości 700 000 zł.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp

Na wstępie zauważenia wymaga, że w przypadku odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy i wniesienia przez niego odwołania na tę czynność, Izba bada zasadność tej czynności z uwzględnieniem, w szczególności przekazanej wykonawcy treści uzasadnienia zawartego w informacji o jej dokonaniu, oraz treści zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka.

W okolicznościach analizowanej sprawy rozstrzygnięcia wymaga, czy Zamawiający zasadnie uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i w konsekwencji dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp.

Jak wynika z treści ww. informacji o unieważnieniu postępowania w części II i odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył informacje wprowadzające w błąd, wskazując w wykazie usług usługę wykonywaną dla Miasta Katowice (czyli obecnego Zamawiającego) i udzielając niewystarczających wyjaśnień na wystąpienie Zamawiającego. Nadto, zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem zamawiający, zarówno dla usługi wykonywanej w Krakowie jak też wykonywanej w Katowicach oświadczyli, że nie wystawiliby referencji wykonawcy tych usług, gdyby o to wystąpili, a Odwołujący jest ich podwykonawcą. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, że uznaje, że Odwołujący wprowadza Zamawiającego go w błąd, bowiem kwestia doświadczenia Odwołującego jest niejasna. Nie jest wiadomo, jak przedstawia się jego rozliczenie i jaka jest jego umowa, czy główny wykonawca otrzymuje jakieś wynagrodzenie i główny podwykonawca czy takie otrzymuje, a także ochrona, skoro Odwołujący otrzymuje prawie całe wynagrodzenie wynikające z zawartej umowy przez Fundację Jupiter.

Zauważenia wymaga, że skoro Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu, to w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy powinien wykazać wypełnienie wszystkich elementów przesłanki wykluczenia z 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego nie zawiera takiego wykazania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może

wykluczyć wykonawcę: 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z przepisu tego wynika zatem, że dla jego zastosowania winno łącznie wystąpić: przekazanie informacji mogących wprowadzić Zamawiającego w błąd; przekazanie ww. informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa; ww. informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał wypełnienia się ww. przesłanek.

Analiza treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz złożonego przez tego wykonawcę wykazu usług i referencji wystawionych dla zadania w Krakowie i Katowicach w zestawieniu z całokształtem materiału dowodowego, w tym stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, prowadzi do wniosku, że dokumenty te nie zawierają informacji charakteryzujących się tym, że mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd, który jest rozumiany jako rozbieżność pomiędzy obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu tj. informacji obiektywnie nieprawdziwej (fałszywej) lub przedstawienie informacji obiektywnie prawdziwej, lecz wywołującej mylne wyobrażenie u zamawiającego.

Nie zostało wykazane, że Odwołujący wbrew temu co wynika ze złożonego przez niego wykazu nie wykonywał usług w zakresie prowadzenia toalet publicznych o wartości potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jak też co do terminu i miejsca wykonywania oraz nazwy zamawiającego. Przeciwnie, z materiału dowodowego oraz oświadczenia Zamawiającego na rozprawie wynika, że Zamawiający, który ma zawartą umowę z Fundacją Jupiter ma świadomość, że usługi są wykonywane przez Odwołującego, bowiem zostały mu przekazane umowy pracowników zatrudnionych przez Odwołującego i z otrzymanych wyjaśnień pozyskał wiedzę, że Odwołujący przy realizacji zadania występuje jako podwykonawca, obok podwykonawców, o których pozyskał wiedzę w związku z prowadzonym uprzednio postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że Zamawiający akceptował to, że w toku realizacji zamówienia, doświadczenie zdobywa także Odwołujący, który nie został oficjalnie zgłoszony przez wykonawcę tego zamówienia.

W sprawie nie jest sporne, że Fundacja Jupiter wystawiła referencje potwierdzające należyte wykonywanie zamówienia przez Odwołującego, a także potwierdziła, że wartość wykonanych przez Odwołującego usług przekracza kwotę wymaganą w warunku udziału w postępowaniu. Nadto z treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na wystąpienie Zamawiającego wprost wynika, co się składa na zakres czynności wykonywanych przez niego w ramach przedmiotu zamówienia wskazanego w wykazie w sposób literalnie odpowiadający treści warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia w prowadzeniu toalet. W wyjaśnieniach Odwołujący bowiem wskazał: *Rodzaj wykonywanych czynności dotyczył prowadzenia toalet: otwierania i zamykania pomieszczeń, dozoru, sprzątnięcia przy użyciu środków dezynfekujących i zwykłych, uzupełniania podajników mydła i papieru toaletowego, reagowania na awarie, w tym bieżące utrzymanie techniczne. Wskazano przykładowe elementy usługi toalet stacjonarnych.* Zamawiający nie wskazał, dlaczego uznaje wyjaśnienia w tym zakresie za niewystarczające, wskazując natomiast, że: *Komisja uznała wyjaśnienia za niewystarczające ponieważ z przesłanego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielni Socjalna wykazu wykonanych usług oraz załączonych referencji nie wynika, jaki był przedmiot usług wykonywanej dla Katowic oraz dla Krakowa.* Tymczasem wystąpienie o wyjaśnienia w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia zmierzało m.in. do uzyskania informacji co do tego przedmiotu i takie zostały Zamawiającemu przekazane.

Trudno zatem dopatrzeć się wprowadzenia Zamawiającego w błąd za sprawą pozycji z wykazu usług złożonego przez Odwołującego dotyczącej prowadzenia toalet publicznych w Katowicach.

Podobnie, należy ocenić stanowisko Zamawiającego dotyczące usługi prowadzenia toalet publicznych w Krakowie. W tym zakresie uwagi wymagają, że zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą tego, że referencje dla Odwołującego zostały wystawione przez Lubuski Zespół Obsługi Projektów Spółdzielni Socjalna z siedzibą w Kostrzynie, której prezesem podobnie jak w przypadku Odwołującego jest pan W. B., jak też, że uzyskał informacje, że Gmina Miejska Kraków, gdyby wykonawca zwrócił się o wydanie referencji, to odmówiłaby ich wystawienia.

Zamawiający przyznał, że referencje dla podwykonawcy mogą być wystawione przez zlecającego usługę, a zatem nie jest konieczne, aby pochodziły od podmiotu, dla którego całe zamówienie jest realizowane. Nadto, że zdaje sobie sprawę, że każdy z podmiotów powiązanych zaciąga własne zobowiązania i ponosi odrębną odpowiedzialność, że nie jest niczym niezwykłym, że powiązane ze sobą spółdzielnie utrzymują relacje handlowe, co nie oznacza jednak, że każda powiązana firma w pełni odpowiada za pozostałe podmioty. Jednak uznał, że w sytuacji, gdy jeden podmiot jest

reprezentowany przez tego samego Prezesa, to w takim wypadku mamy do czynienia z oświadczeniem złożonym samym sobie i taki dokument mógł być stworzony wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie zostało jednak wykazane, że właśnie tak było w analizowanym postępowaniu.

Zauważenia wymaga, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy. Zamawiający nie stwierdził i nie wykazał, że Odwołujący nie wykonywał wskazanych w wykazie usług w Krakowie, nie stwierdził, że nie odpowiadają one postawionemu w obecnym postępowaniu warunkowi udziału w postępowaniu, zarówno co do przedmiotu, jak i co do czasu i wartości. Trudno zatem uznać, że w okolicznościach analizowanej sprawy osoba prezesa, jak też lakoniczne stwierdzenie w uzasadnieniu, że wykonawca zamówienia, nie otrzymałby referencji, gdyby o nie wystąpił, wskazują na przedstawienie przez Odwołującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

W aktualnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zostało wniesione obecnie rozpatrywane odwołanie, ocenie podlega to, czy Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego i czy wypełniły się przesłanki dla uznania, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z tego postępowania i czy uzasadnienie odrzucenia oferty tego wykonawcy pozwala na stwierdzenie zasadności stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący podlega wykluczeniu na wskazanej podstawie.

W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego nie pozwala na uznanie wypełnienia się przesłanek dla zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Nie wykazuje bowiem ich istnienia.

Ponoszone dopiero w odpowiedzi na odwołanie (a zatem spóźnione) okoliczności dotyczące tytułu i wysokości kar umownych naliczonych przez Zamawiającego Fundacji Jupiter, tym bardziej, że czynione to jest bez wykazania, że dotyczą one usług wykonywanych przez Odwołującego, o działaniu którego, jak wynika z ww. dowodów złożonych przez Odwołującego, w tym przekazanych umów o pracę, Zamawiający wiedział już od 27 września 2022 r., nie mogą przesądzać o tym, że stanowisko Zamawiającego jest uzasadnione, że treść wykazu usług złożonego przez Odwołującego oraz przedłożone przez niego referencje dotyczące zadania w Katowicach nie odpowiadają rzeczywistości. Podobnie za nieskuteczne należy uznać argumenty dotyczące kar umownych naliczonych wykonawcy zadania w Krakowie.

Ubocznie, w odniesieniu do podniesionych dopiero w postępowaniu odwoławczym kwestii, można zauważyć, że Zamawiający nie wykazał, że wykonywanie przez Odwołującego usług było nienależyte. Zauważenia wymaga, że jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w odniesieniu do obydwu usług naliczone wykonawcom (których podwykonawcą był Odwołujący) kary umowne, stanowią marginalny procent wartości zamówienia, nadto nie zostało wykazane, że ich zasadność została przesądzona. Również przedstawione na rozprawie uzasadnienie dla wprowadzenia Zamawiającego przez Odwołującego w błąd, dotyczące wątpliwości Zamawiającego co do doświadczenia Odwołującego z uwagi na brak jasności po stronie Zamawiającego w kwestii rozliczeń wykonawcy zadania referencyjnego w Katowicach z innymi podwykonawcami w świetle wysokości wynagrodzenia pobieranego przez Odwołującego w stosunku do wartości całego zamówienia, nie może przesądzać o zasadności stanowiska Zamawiającego w obecnym postępowaniu. Nie dotyczy to bowiem warunku udziału w analizowanym postępowaniu, lecz wzajemnych rozliczeń pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami na zadaniu referencyjnym, tj. wcześniej przeprowadzonym przez Zamawiającego, który zawarł z wykonawcą odrębną umowę. Skoro Wykonawca tego zadania - Fundacja Jupiter potwierdziła wykonywanie przez Odwołującego usług wskazanych w wykazie, które odpowiadają określonymu w analizowanym postępowaniu warunkowi udziału w postępowaniu, to w sytuacji braku wykazania przez Zamawiającego, na którym spoczywa ciężar dowodu, że takie oświadczenie Fundacji jest niezgodne z rzeczywistością, nadto, że Odwołujący składając wykaz i referencje w postępowaniu mógł przewidzieć, że może wprowadzić Zamawiającego w błąd, to trudno uznać, że zaistniała podstawa do stwierdzenia, iż Odwołujący podlega wykluczeniu na wskazanej podstawie.

Tym samym nie wypełniła się pierwsza z przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, co skutkuje tym, że przepis ten nie mógł stanowić podstawy do uznania, iż Odwołujący podlega wykluczeniu. Jak bowiem wskazano powyżej dla jego zastosowania konieczne jest łączne wypełnienie się występujących w nim przesłanek. Nie występuje zatem konieczność badania pozostałych. W konsekwencji nie wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego, o której stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*

Ad zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Stosownie do art. 255 pkt 2 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu*

Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutu, który potwierdził się. W związku z tym za potwierdzony należy również ten zarzut. W sytuacji bowiem, gdy nie zostało wykazane, aby Zamawiający zasadnie uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na wskazanej podstawie, a w konsekwencji, aby wystąpiła wskazana podstawa do odrzucenia oferty tego wykonawcy, nie wystąpiła wskazana przesłanka unieważnienia postępowania w tej części.

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

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

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

**Przewodniczący:** .....