Sygn. akt: KIO 2105/21

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 lipca 2021 roku** przez **wykonawcę Europejskie Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie -** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Skarb Państwa, Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie w całości;
2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Europejskie Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i:**
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Europejskie Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania;
2.2.nakazuje zwrot kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Europejskiego Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 2105/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn.: Zakup usługi realizacji szkoleń z zakresu kwalifikowanej pierwszej pomocy z elementami ratownictwa taktycznego zakończonych egzaminem w zakresie kwalifikowanej pierwszej pomocy w ramach realizacji projektu nr PL/2020/PR/0094 pn. „Ratownik w służbie". Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2021/BZP 00067146/01

Dnia 12 lipca 2021 roku do Prezesa Izby Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie złożył wykonawca Europejskie Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Odwołujący" lub „ECD").

Odwołanie złożono od decyzji Zamawianego o unieważnieniu postępowania z dnia
08 lipca 2021 r. Zamawiający opublikował informację o dokonanych czynnościach w dniu
09 lipca 2021 r. Odwołanie zostało wniesione w terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wnosił o:
1.cofnięcie decyzji o unieważnieniu postępowania;
2.wykonanie zgodnie z obowiązującymi przepisami i zapisami SWZ czynności badania oferty Odwołującego;
3.wybór oferty ECD jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie zapisów, które nie znajdowały się w treści postępowania przetargowego. Zamawiający dodał ich treść (wyrażenie: „doświadczenie zawodowe do polskich służb") na etapie pisania uzasadnienia o unieważnieniu postępowania. Zamawiający samodzielnie dodał zapis i na jego podstawie stwierdził, że postępowanie jest obarczone wadą. Zamawiający samodzielnie ta wadę wygenerował na etapie dokumentu uzasadnienia – natomiast zapis taki nie znajduje się w SWZ i opisie przedmiotu zamówienia. Wada, którą wygenerował sztucznie Zamawiający, jest usuwalna. Po jej usunięciu zapisy warunków udziału w postępowaniu są logiczne i w pełni transparentne w wersji opublikowanej na etapie ogłoszenia postępowania. Zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na okoliczności hipotetyczne, które mogą się dopiero wydarzyć.

Odwołujący wskazał, że *„Istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła"). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości. (...)".* (tak wyrok KIO z dnia 20.06.2016 r., sygn. akt: KIO 919/16).

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w Rozdziale VIII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU
w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 1.1) w zakresie wykonania „w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, co najmniej trzy (3) zamówienia polegające na zorganizowaniu
i przeprowadzeniu szkoleń (kursy, warsztaty) grupowych (każde dla minimum 5 osób)
z zakresu kwalifikowanej pierwszej pomocy, w tym minimum 1 szkolenie z zakresu ratownictwa taktycznego dla przedstawicieli służb podległych lub nadzorowanych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej".

W pkt.1.2 określono, że należy dysponować w celu realizacji zamówienia co najmniej: a) 4 trenerami: lekarzami systemu lub pielęgniarkami systemu, lub ratownikami medycznymi, którzy przeprowadzili przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z kwalifikowanej pierwszej pomocy
i posiadają minimum 3-letnie doświadczenie w wykonywaniu medycznych czynności ratunkowych lub co najmniej 5-letni staż służby lub pracy w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz

Ministra Obrony Narodowej; b) 1 trenerem – psychologiem, który przeprowadził przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z kwalifikowanej pierwszej pomocy i posiadają minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe; c) 2 trenerami z zakresu ratownictwa taktycznego, którzy przeprowadzili przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z ratownictwa taktycznego i posiadają co najmniej 5-letni staż służby lub pracy w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej.

Zdaniem Odwołującego zapisy warunków udziału w postępowaniu umożliwiały złożenie konkurencyjnych ofert przez różne podmiotu gospodarcze świadczące tego typu usługi i nie budziły żadnych wątpliwości w zakresie swojej treści. Potencjalni oferenci składając zapytania dotyczące tego postępowania nie zgłaszali żadnych wniosków do Zamawiającego w tym zakresie. Zapisy tego punktu nie były przedmiotem pytań składanych w postępowaniu.

Odwołujący złożył konkurencyjną ofertę, spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego. Przedstawił najbardziej konkurencyjną cenę (porównawczo do kwoty, którą przewidział Zamawiający – co skłoniło Zamawiającego do podjęcia działań badania oferty
w zakresie rażąco niskiej ceny). EDC spełniło wszystkie wymagania formalne i warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia i dysponowania kadrą szkoleniową oraz potencjałem technicznym. Zamawiający uznał ofertę ECD za najkorzystniejszą i wezwał do złożenia środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia. Następnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, powołując się na zapisy, które nie znajdują się w treści SWZ i innych dokumentach postępowania. Odwołujący domniemywa, że Zamawiający sporządził przesłany protokół prowadzonego postępowania prawdopodobnie w terminie późniejszym niż przeprowadzone czynności. W Protokole postępowania nie odnotowano czynności uznania oferty ECD za najbardziej korzystną – gdyż tylko na tej podstawie mógł podjąć czynność wezwania ECD do złożenia środków dowodowych. Jest to istotne z uwagi na fakt, że Zamawiający do otrzymania dokumentów od ECD nie miał żadnych wątpliwości dotyczących postawionych warunków. Dopiero na podstawie uzyskanych informacji z oferty ECD, Zamawiający zorientował się, że ECD spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu a dołączone środki dowodowe w pełni potwierdzają te okoliczności. Dopiero po zapoznaniu się z treścią dokumentów złożonych dokumentów przez ECD, Zamawiający usiłując znaleźć podstawę do unieważnienia postępowania dodał zapisy dotyczące „hipotetycznego ograniczenia" do osób pełniących służbę w „polskich" służbach.

Odwołujący zauważył, że analizując treść wymagań i warunków udziału
w postępowaniu w zakresie spełnienia warunków były one jasno i czytelnie określone oraz wskazano zapisy równoważne dla zdolności technicznej lub zawodowej, w tym: dysponowania w celu realizacji zamówienia co najmniej 2 trenerami z zakresu ratownictwa taktycznego, którzy przeprowadzili przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z ratownictwa taktycznego i posiadają co najmniej - 5-letni staż służby lub pracy w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej. Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne poprzez zastosowania określenia „lub" „służby lub pracy", „w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej." Zapisy wskazują, że wymagania spełniają zarówno pracownicy cywilni poszczególnych resortów ale także pracownicy: straży pożarnej, policji, wojska, straży granicznej, izby administracji skarbowej etc. W cytowanych zapisach nie znajduje się zapis, że postawione wymagania dotyczą osób zatrudnionych lub pełniących służbę „w polskich służbach".

Odwołujący uważa, że Zamawiający pominął fakt, że w poszczególnych krajach Unii Europejskiej są powołane i funkcjonują ministerstwa które mają określone zadania tożsame do Polskich ministerstw np.: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Czech (Ministerstvo Vnitra České Republiky), Ministerstwo Obrony Czech (Ministerstvo Obrany České Republiky), Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Niemiec (Bundesministerium des Innern), Ministerstwo Obrony Niemiec (Bundesministerium der Verteidigung), Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Francji (Ministère de l'Intérieur), Ministerstwo Sił Zbrojnych Francji (Ministere des Armées), Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Włoch (Ministero dell'Interno), Ministerstwo Obrony Włoch (Ministero della Difesa), Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Republiki Litewskiej (Lietuvos Respublikos Vidaure reikalų ministerija), Ministerstwo Obrony Narodowej Republiki Litewskiej (Lietuvos Respublikos Krasto apsaugos ministerija).

Osoby pochodzące z innych krajów, którymi mogliby dysponować wykonawcy składający ofertę na podstawie tak określonych warunków, spełniałyby także postawione wymagania – a zapis w żadnym stopniu nie ograniczał konkurencji. Zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał swobodnej interpretacji określonych przez siebie warunków udziału w postępowaniu dodając i zawężając wymóg do określenia „polskich służb". Unieważnił postępowanie na podstawie zapisów, które nie znajdowały się ogłoszeniu postępowania oraz określonych warunkach udziału w postępowaniu. Zamawiający samodzielnie stworzył wrażenie, że postępowanie zawiera wadę, której nie można usunąć na tym etapie i należy go unieważnić. Jeżeli hipotetyczna „wada" postępowania jest usuwalna, konieczne
i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnianie całego postępowania. Na tym etapie wystarczające jest usunięcie błędnej (swobodnej) interpretacji zapisów przez Zamawiającego.

Zamawiający mógł na podstawie zapisów określonych w SWZ dokonać wyboru oferty złożonej przez ECD. Podpisując ważną umowę, Zamawiający w pełni zadbałby o interes publiczny, gdyż ECD złożyło najtańszą, ważną ofertę, spełniającą wszystkie wymagania SWZ. Zamawiający pomimo wezwania – nie udostępnił informacji publicznej w zakresie czynności wykonywanych podczas przygotowania postępowania, tzn. ofert przedstawionych przez potencjalnych wykonawców (szacowanie kosztów), które potwierdzą, że inne podmioty gospodarcze zajmujące się tego typu szkoleniami – spełniały także wymagania postawionych kryteriów i tylko ze znanych sobie powodów nie złożyły oferty.

Dlatego Odwołujący wnioskował o podjęcie przez Zamawiającego decyzji
o uwzględnieniu odwołania oraz dokonania czynności unieważnienia czynności
o unieważnieniu postępowania oraz dokonania ponownej oceny ofert. Czynność ta pomoże w wydatkowaniu środków publicznych w sposób adekwatny do celów, na jakie zostały skierowane przez dysponenta środków.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki

dopuszczalności odwołania,
o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji unieważnienie prowadzonego postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym, Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest „Zakup usługi realizacji szkoleń z zakresu kwalifikowanej pierwszej pomocy z elementami ratownictwa taktycznego zakończonych egzaminem w zakresie kwalifikowanej pierwszej pomocy w ramach realizacji projektu nr PL/2020/PR/0094 pn. „Ratownik w służbie".

W rozdziale VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") Zamawiający podał, że wymaga wykazania przez Wykonawców spełnienia warunków określonych w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp dotyczących:

1) zdolności technicznej lub zawodowej, w tym: wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej trzy (3) zamówienia polegające na zorganizowaniu i przeprowadzeniu szkoleń (kursy, warsztaty) grupowych (każde dla minimum 5 osób) z zakresu kwalifikowanej pierwszej pomocy, w tym minimum 1 szkolenie z zakresu ratownictwa taktycznego dla przedstawicieli służb podległych lub nadzorowanych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej

2) zdolności technicznej lub zawodowej, w tym: dysponowania w celu realizacji zamówienia co najmniej:

a) 4 trenerami: lekarzami systemu lub pielęgniarkami systemu, lub ratownikami medycznymi, którzy przeprowadzili przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z kwalifikowanej pierwszej pomocy i posiadają minimum 3-letnie doświadczenie w wykonywaniu medycznych czynności ratunkowych lub co najmniej 5-letni staż służby lub pracy w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej;

b) 1 trenerem psychologiem, który przeprowadził przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z kwalifikowanej pierwszej pomocy i posiadają minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe;

c) 2 trenerami z zakresu ratownictwa taktycznego, którzy przeprowadzili przynajmniej 2 (dwa) szkolenia z ratownictwa taktycznego i posiadają co najmniej 5-letni staż służby lub pracy w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej.

Zamawiający dopuszczał łączenie przez tę samą osobę funkcji trenera z zakresu ratownictwa taktycznego z funkcją trenera określoną w ppkt 2 a).

Treść SWZ nie była wyjaśniania, Zamawiający nie udzielał odpowiedzi na pytania Wykonawców.

W postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta, Odwołującego, na kwotę 327 096 zł. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 550 000,00 zł brutto.

10 czerwca 2021 roku Odwołujący został wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, bowiem jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Odwołujący złożył w wymaganym terminie wyjaśnienia oraz kalkulacje, Zamawiający w tym zakresie wyjaśniał dodatkowe kwestie związane z wynagrodzeniami trenerów i kosztami przeprowadzenia egzaminów końcowych.

Następnie Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych - dokumentów aktualnych na dzień złożenia potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący złożył Wykaz usług i referencje do wykazu oraz Wykaz osób. Wykaz usług liczył 7 pozycji, gdzie wskazano szkolenia realizowane na rzecz: 1) Augustowskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego, 2) Mazurskiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego, 3) Suwalskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego, 4) Mazurskiej Fundacji Edukacyjnej „Bonus Pastor", 5) Izby Administracji Skarbowej w Białymstoku, 6) 25 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Białymstoku oraz 7) zlecenie prywatne. Wykaz osób opisywał doświadczenie i posiadany staż pracy 13 osób.

W dniu 9 lipca 2021 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta w wyniku stwierdzenia przez Zamawiającego niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci postawienia warunku udziału w postępowaniu niezgodnego z zasadą konkurencyjności i w konsekwencji nieuzasadnionego utrudnienia uczciwej konkurencji tj. z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp .

Zamawiający powtórzył brzmienie warunku ustalonego w SWZ i stwierdził, że tak postawiony warunek w postaci konieczności posiadania co najmniej 5-letniego stażu służby lub pracy w służbie podległej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej powodował ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia. Sformułowany w ten sposób wymóg wprost ograniczył wymagane doświadczenie zawodowe do polskich służb. Zamawiający nie wskazał warunków równoważności.

Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania, która miała lub mogła mieć wpływ na jego wynik jest niemożliwa do usunięcia. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć. Zdarzenie, które zaistniało jest nieodwracalne, nie można usunąć uchybienia przepisom ustawy Pzp przy zastosowaniu procedur z nich wynikających.

Zgodnie z ustawą Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Uznaje się, że wprowadzone

przez zamawiającego warunki nie mogą być nadmierne oraz nie mogą w nieuzasadniony sposób eliminować wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Naruszenie ustawy Pzp przez Zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja, także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej, która na skutek wadliwego działania zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Obecne brzmienie przepisu tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp2004, tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny oraz orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy.

Zgodnie z dorobkiem orzeczniczym i stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Przesłanka zastosowana przez Zamawiającego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Jak wynika z *Informacji o unieważnieniu postępowania* Zamawiający powołał się na wadliwość opisu warunków udziału w postępowaniu odnośnie do posiadania doświadczenia zawodowego oraz dysponowania odpowiednim zespołem osób. Zdaniem Zamawiającego warunki te ustalono w sposób zawężający, mogący ograniczyć konkurencję wśród wykonawców. Ograniczenie miało odnosić się do doświadczenia zdobytego w ramach pracy tylko dla „polskich służb", a warunek nie dopuszczał równoważności.

Dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga, iż nie ulega również wątpliwości, że okoliczność przywołana przez Zamawiającego ustalona została po wyznaczonym terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu. Zamawiający już po otwarciu ofert i przeprowadzeniu badania i oceny ofert uznał, że brzmienie warunku może budzić wątpliwości.

W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu warunków udziału w postępowaniu ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy wprost, ale podstawę taką może stanowić art. 459 ustawy Pzp. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie.
W przeciwnym wypadku powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byliby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie wydaje się nie do zaakceptowania, zwłaszcza w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym opisu warunków udziału w postępowaniu jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Przede wszystkim właściwe ustalenie warunków podmiotowych identyfikuje krąg wykonawców, którzy mogą być zainteresowani złożeniem oferty w danym postępowaniu. To właśnie opis warunków udziału decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za otwarte na wielopodmiotowość i czyniące zadość nieograniczonemu dostępowi do rynku zamówień publicznych. Warunki nie mogą mieć charakteru nadmiernego, nie mogą z nieuzasadnionych powodów eliminować wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. W ocenie składu niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek spełnienia warunków podmiotowych zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania.

Nieprawidłowy opis warunków udziału stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp. Nie można wykluczyć, że gdyby opis warunku był szerszy, to jest nie ograniczał się do doświadczenia możliwego do zdobycia tylko w polskich strukturach, krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 255 pkt 7 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że warunek udziału odnosił się do zasad równoważności dla zdobytego doświadczenia i zawierał opis równoważności. Błędnie Odwołujący utożsamia zastosowanie zasady równoważności przy użyciu spójnika „lub", tam gdzie Zamawiający wymagał doświadczenia w ramach „służy lub pracy". Izba podziela zapatrywania Zamawiającego, że znaczenie miało użycie w opisie warunku sformułowań odnoszących się wprost do resortów funkcjonujących tylko w Polsce. Zamawiający określił, że należy posiadać doświadczenie w ramach jednostek nadzorowanych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Ministra Obrony Narodowej. O ile użycie wyrażenia „ministra właściwego do spraw wewnętrznych" nie stanowi ograniczenia, o tyle użycie wielkiej litery w określeniu do resortu Ministra Obrony Narodowej wskazuje na nazwę własną, a więc wprost odnoszącą się do polskich warunków i ministerstwa funkcjonującego w Polsce, gdzie nazwy urzędów oraz instytucji pisane są z wielkiej litery. Nie ma przy tym znaczenia, że podobnie określone ministerstwa i funkcje sprawowane są w innych krajach. Pisownia w ten sposób, czyli

dużymi literami wynika
z zasady ortograficznej języka polskiego, według której wielką literą zapisujemy nazwy jednoosobowych urzędów w aktach prawnych, np. *Prezydent Rzeczpospolitej Polskiej* Zgodnie ze zwyczajem nazwę tę możemy zapisać dużymi literami również w tekstach
o innym przeznaczeniu, jeśli występuje ona w pełnej formie i odwołuje się do konkretnej osoby. W innych wypadkach nazwę tę zapisywać należy małymi literami (z: *Instytut Filologii Polskiej – Ortografia*). Gdyby więc Zamawiający w warunkach użył małych liter,
to argumentacja Odwołującego byłaby uprawniona, że dopuszczone zostało doświadczenie zdobyte nie tylko na terytorium RP. Natomiast wskazanie wprost w warunku konkretnego ministra oznacza, że określenie to odnosi się do Polski. Bez wątpienia natomiast w takim przypadku należy uznać, że sposób ustalenia i opisania warunku ma ograniczający charakter, nie czyni zadość zasadzie równego traktowania i uczciwej konkurencji.
Z pewnością dopuszczenie do legitymowania się doświadczeniem zdobytym w ramach prowadzenia szkoleń o określonej tematyce w innych państwach dla wybranych struktur administracyjnych mogłoby spowodować, że złożeniem ofert zainteresowani byliby także inni wykonawcy. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający warunkiem wymaganym od trenera z zakresu ratownictwa taktycznego jest posiadanie międzynarodowego certyfikatu, powszechnie uznawanego na świecie. Tym samym ograniczenie warunku do możliwości wykazania się doświadczeniem zdobytym tylko
w Polsce należy uznać za wadę takiego warunku. Wada ta ma charakter nieodwracalny na obecnym etapie postępowania. Natomiast rozszerzenie dopuszczalności dysponowania przez Wykonawców trenerami z zakresu ratownictwa taktycznego z innych państw niż Polska prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści SWZ po terminie składania ofert. Interpretacja warunku przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego jest nieuprawniona. Zdaniem Izby z warunku nie wynikała możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym w innych państwach, a wynikało to z zapisów warunku przytoczonych powyżej
w niniejszym uzasadnieniu.

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę brzmienia warunków udziału, czy też ich doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Wada ta więc ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego.

Końcowo odnosząc się do argumentacji Zamawiającego o braku wskazania przepisów w odwołaniu, które Zamawiający naruszył, to Izba pragnie podkreślić,
iż konieczności przedstawienia okoliczności prawnych nie należy utożsamiać
z koniecznością wskazania w środku ochrony prawnej konkretnego przepisu. Zdaniem Izby Odwołujący wskazał okoliczności faktyczne i prawne, które skutkowały unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Subsumpcji, czyli przyporządkowania stanu faktycznego pod ogólną Izba dokonuje samodzielnie. Dlatego też argumentacja Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie
w oparciu o wskazaną przesłankę w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia wykazał
w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż zarzuty naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania w sposób arbitralny.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego. Izba zasądziła również zwrot nadpłaconego wpisu na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący:
……