

WYROK

z dnia 14 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 9 czerwca 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2022 r. przez wykonawcę: Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Zduńskiej Woli

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Zduńskiej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli

przy udziale wykonawcy: Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Zduńskiej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego w obiekcie Centrum Sportu i Rekreacji RELAKS”; numer postępowania: 05/2022/B (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00143734 w dniu 4 maja 2022 r.

Dnia 25 maja 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) - dalej jako „ustawa Pzp” odwołanie złożył wykonawca: Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Zduńskiej Woli (dalej „odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących: (1) wyboru oferty złożonej przez Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Fundacja WSR”), jako najkorzystniejszej oferty; (2) czynności badania i oceny ofert; (3) zaniechania wezwania wykonawcy Fundacja WSR do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych; (4) zaniechania wezwania wykonawcy Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe DELPHINUS Sport Promotion z siedzibą we Wrocławiu (zwane dalej „DELPHINUS”) do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych; (5) zaniechania wezwania wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz złożonych oświadczeń.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania

od wykonawcy Fundacja WSR wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy DELPHINUS wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS

do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz złożonych oświadczeń co do podstaw przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie kadry”;
zarzut alternatywny:

4. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

5. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Fundacja WSR, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Podnosząc powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Fundacja WSR jako najkorzystniejszej oferty;

2. powtórzenie czynność badania i oceny ofert, w tym: wezwanie wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz wezwanie wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz złożonych oświadczeń co do podstaw przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie kadry”;

3. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

4. żądanie alternatywne: unieważnienie postępowania jako obciążonego niemożliwą

do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 20 maja 2022 r. Odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami ustawy Pzp terminie. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona zamawiającemu, a odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w terminie określonym przepisami ustawy Pzp, przystąpił wykonawca: Fundacja Wodna Służba

Ratownicza z siedzibą w Wrocławiu.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 7 czerwca 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Zamawiający prowadząc postępowanie naruszył przepisy ustawy Pzp, gdyż zaniechał wezwania wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Dodatkowo zamawiający powinien wezwać wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz złożonych oświadczeń co do podstaw przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie kadry”. W konsekwencji, w wyniku wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz złożenia przedmiotowych wyjaśnień przez tych wykonawców, zamawiający zobowiązany będzie poddać ocenie złożone przez nich wyjaśnienia oraz dowody. Także odwołujący będzie miał możliwość ich weryfikacji i ewentualnego dalszego formułowania zarzutów co do złożonych wyjaśnień i dowodów. Poprzez zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Powyższe stanowi przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez odwołującego na rozprawie, na okoliczności opisane w sporządzonym zestawieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego w obiekcie Centrum Sportu i Rekreacji RELAKS przy ul. Kobusiewicza 20, obejmujących w szczególności obsługę ratowniczą pływalni krytej, w skład której wchodzi:

- (a) basen sportowy o wymiarach 25m x 16 m, o powierzchni lustra wody 400,32 m², o głębokości 1,2 m - 1,8 m, posiadający 6 torów pływackich, (b) basen rekreacyjny z atrakcjami wodnymi o głębokości 1,10-2,20 m i powierzchni lustra wody 227,50 m²,
- (c) brodzik wewnętrzny o powierzchni lustra wody 70,29 m² i głębokości 0,25 -0,30m,
- (d) dwie wanny o powierzchni lustra wody 6,56 m² i głębokości 1 m zlokalizowana na terenie hali, (e) wanna o powierzchni lustra wody 6,56 m² i głębokości 1 m zlokalizowana na terenie saunarium, (f) basen schładzający zewnętrzny o powierzchni lustra wody 12,75 m² i głębokości do 1,20 m, (g) basen schładzający wewnętrzny zlokalizowany na terenie

saunarium o powierzchni lustra wody 6,30 m² i głębokości do 1,20 m, (h) zorganizowanie dwa razy w roku (w okresie zimowym i letnim) zawodów pływackich w kategorii: młodzik, junior i senior wraz z konkurencjami rodzinnymi dla minimum 100 uczestników każde, (i) zapewnienie sprzętu do ratownictwa, który zapewni wykonawca do realizacji (szczegółowy wykaz sprzętu został podany w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ - dalej „OPZ”). Ponadto zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w OPZ oraz we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ. Z kolei w Załączniku nr 2 do SWZ (pkt II.1) zamawiający zobowiązał wykonawcę aby ten, w ramach realizacji zamówienia, zapewnił następującą liczbę ratowników wodnych dla zabezpieczenia ratownictwa wodnego w obiekcie Centrum Sportu i Rekreacji RELAKS: (a) 2 ratowników od poniedziałku do piątku w godzinach 06:00 - 09:00, (b) 5 ratowników od poniedziałku do piątku w godzinach 09:00 - 22:00, (c) 5 ratowników w soboty, niedziele i święta w godzinach 08:00 - 22:00. W załączniku nr 1 do OPZ wskazano jaki sprzęt do ratownictwa musi zapewnić wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymieniono tam w szczególności: (1) Torba opatrunkowa podstawowa - 2 kpl., (2) Torba urazowa i zestaw ewakuacyjny - 2 kpl., (3) Apteczka indywidualna stanowiskowa DIN 13164 - 5 kpl., (4) Zestaw ochrony indywidualnej dla ratowników - 5 kpl., (5) Defibrylator AED zaopatrzone w 2 kpl. elektrod dla osób dorosłych i 1 kpl. elektrod dla dzieci.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XVIII SWZ zamawiający przewidział, że przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert, dla których ustalił następujące wagi: cena oferty - waga 60%, doświadczenie kadry - waga 40%. Dodatkowo, w odniesieniu do kryterium doświadczenia kadry, zamawiający opisał w jaki sposób będzie przyznawał punkty w tym kryterium. I tak wykonawca który wykaże, iż będzie dysponował minimum dwunastoma ratownikami, z których każdy będzie posiadał minimum 3 letnie doświadczenie w ratownictwie wodnym otrzyma - 20 punktów; wykonawca który wykaże, iż będzie dysponował minimum dwunastoma ratownikami z których każdy będzie posiadał minimum 4 letnie doświadczenie w ratownictwie wodnym otrzyma - 50 punktów; wykonawca który wykaże, iż będzie dysponował minimum dwunastoma ratownikami z których każdy będzie posiadał minimum 5 letnie i wyższe doświadczenie w ratownictwie wodnym otrzyma - 100 punktów. Następnie uzyskane punkty zostaną pomnożone przez wagę równą 40%. W uwagach zastrzeżono, że wykonawca, który wykaże się doświadczeniem kadry minimum 12 ratowników, o doświadczeniu mniejszym niż 3 lata otrzyma 0 punktów.

Z kolei w Rozdziale XVIII ust. 5 SWZ, zamawiający zastrzegł, iż w toku badania i oceny ofert będzie mógł żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wykonawcy będą zobowiązani do przedstawienia wyjaśnień w terminie wskazanym przez zamawiającego.

Ponadto na podstawie załączonego do akt sprawy protokołu postępowania Izba ustaliła, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 802 863,00 zł., co stanowi równowartość 180 272,81 euro. Ponadto, zgodnie z informacją z 11 maja 2022 r., zamieszczoną na platformie zakupowej zamawiającego, zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 802 863,00 zł.

W informacji z otwarcia ofert z 12 maja 2022 r. zamawiający podał nazwy wykonawców, którzy złożyli oferty oraz zaproponowane przez nich ceny i warunki realizacji zamówienia. Na podstawie powyższego ustalono, że oferty złożyli: (1) Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe DELPHINUS Sport Promotion z siedzibą we Wrocławiu, cena oferty brutto 687 135,00 zł., doświadczenie kadry - 5 lat. (2) Fundacja Wodna Służba Ratownicza, Kleczkowska z siedzibą we Wrocławiu, cena oferty brutto 685 929,50 zł., doświadczenie kadry - 5 lat. (3) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Zduńskiej Woli, cena oferty brutto 747 410,00 zł., doświadczenie kadry - 5 lat.

Izba ustaliła także, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy: Fundacja WSR, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, o czym poinformował wykonawców pismem z 20 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania

od wykonawców: Fundacja WSR i DELPHINUS wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Rozstrzygając ten zarzut Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jeżeli 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 przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W tym przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Należało zatem rozważyć czy w niniejszej sprawie zaszły takie okoliczności, które obligowały zamawiającego do tego, aby skierował on do wykonawców takie wezwanie, albowiem powinny po jego stronie zaistnieć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia lub wynikające z innych przepisów. Wprawdzie przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych podejrzeń, których zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne.

W sytuacji zatem, jeśli brak jest przesłanek do zastosowania przez zamawiającego przepisu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność taka jest kwestią całkowicie oceną, suwerenną decyzją zamawiającego, uzależnioną od jego wiedzy i doświadczenia w zakresie kosztów świadczenia podobnych usług na rynku, jak również wynikającą z wiedzy i doświadczenia samego zamawiającego.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy zaznaczyć, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 802 863,00 zł. (co wynika z notatki - Szacunkowa wartość zamówienia z 29 kwietnia 2022 r.), na podstawie rozeznania rynku. Z kolei zaproponowane w tym postępowaniu ceny ofertowe to: 685 929,50 zł. (cena oferty Fundacji WSR), 687 135,00 zł. (cena zaproponowana przez DELPHINUS), 747 410,00 zł. (cena oferty odwołującego). Powyższe wskazuje, że wycena zamawiającego była sporządzona na wyższym poziomie, także w stosunku do wyceny odwołującego, którego oferta jest najdroższa, jej wartość jest na poziomie ok. 7% powyżej szacunkowej wartości zamówienia. Z tych też powodów niezrozumiałe jest stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie, że zamawiający szacując wartość zamówienia wziął pod uwagę również cenę najniższą na poziomie 28,90 zł. za 1 godz. zaoferowaną przez Zatokę Sportu Politechniki Łódzkiej z siedzibą w Łodzi, podczas gdy ta z jednej strony w jego ocenie odbiegała od pozostałych ofert, złożonych w procedurze szacowania wartości zamówienia, z drugiej natomiast złożona została przez podmiot, który nie ma wiedzy na temat rynkowych cen tego rodzaju usług bowiem jest zamawiającym, a nie wykonawcą. Argumentacja ta jest nietrafiona w sytuacji, gdy także cena oferowana w tym postępowaniu przez odwołującego jest niższa, niż to oszacował zamawiający. Tym samym twierdzenie, że wartość szacunkowa została przez zamawiającego zaniżona oraz wywodzenie z powyższego obowiązku do skierowania wezwania do pozostałych wykonawców w przedmiocie rażąco niskiej ceny - jest niezrozumiałe.

Zwrócić należy także uwagę na różnice w cenach, które zaproponowali wykonawcy w tym postępowaniu. Jak wyliczył zamawiający, co zaprezentował w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, w przypadku dwóch najtańszych ofert różnica w cenie była na poziomie jednego promila, zaś oferta odwołującego jest droższa od oferty najtańszej zaledwie o ok. 8%. Takie różnice w cenach należy uznać za dopuszczalne i zrozumiałe i wynikające raczej z odmiennego sposobu kalkulacji ceny ofertowej oraz warunków proponowanych zatrudnionym pracownikom. Nie sposób z pewnością na tej podstawie wywieść, że którakolwiek z dwóch pozostałych ofert jest nierealna i niemożliwa do zrealizowania za taką kwotę.

Odnosząc się z kolei do dowodu odwołującego - kalkulacji własnej w zakresie kosztów wynagrodzenia ratowników, koordynatora, odzieży oraz sprzętu, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, a mającego potwierdzać, że Fundacja WSR wyceniła swoją ofertę na poziomie, który nie daje możliwości wykonania zamówienia za wskazaną cenę w ocenie Izby może jedynie dowodzić tego, w jaki sposób odwołujący sporządził swoją kalkulację składając ofertę w tym postępowaniu. Z pewnością w żaden sposób nie potwierdza tego, że pozostali wykonawcy, których oferty odwołujący kwestionuje zaniżyli

swoje ceny ofertowe w sposób, który nie pozwala na realizację tego zamówienia. Przypomnieć należy, że tylko w takim przypadku materializuje się po stronie zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawców wezwania w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z cytowanym wcześniej przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jeśli ta wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Przepisy ustawy Pzp ani dyrektywy unijne nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę. Punktem odniesienia w tym przypadku jest niewątpliwie przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do kosztu przewidzianego przez samego zamawiającego lub znacząco odbiegająca od ofert, zaproponowanych przez innych wykonawców. Jak już zauważono, w omawianym przypadku szacunek zamawiającego jest wyższy, niż oferty cenowe ale i w tym przypadku różnica wynosi od 7 do 14%, z kolei różnice w ofertach wykonawców są jeszcze mniejsze. Powyższe daje pełne podstawy do traktowania wszystkich ofert jako skalkulowanych na poziomie rzeczywistym, w konsekwencji jako możliwych do zrealizowania za ceny zaproponowane w ofertach.

W treści odwołania odwołujący zwracał także uwagę na okoliczność rynkowej wartości zamówienia, w tym celu dokonując porównania stawek godzinowych za pracę jednego ratownika oferowanych przez wykonawcę Fundacja WSR w innych postępowaniach, organizowanych na terenie województwa łódzkiego. Na podstawie zaprezentowanych danych wywiódł, że stawka zaoferowana w tym postępowaniu drastycznie odbiega od tych, które są stosowane przez tego wykonawcę w szeregu innych postępowania na terenie województwa łódzkiego.

Odnosząc się do przedstawionych danych nie sposób nie zauważyć, że samo porównanie stawek, bez zapoznania się z dokumentacją tych postępowania, a w szczególności opisem przedmiotu zamówienia i warunkami, które musieli spełnić wykonawcy ubiegający się o wymienione przez odwołującego zamówienia - jest niemiarodajne. Jak wyjaśniał wykonawca Fundacja WSR w swoim piśmie - przystąpieniu odwołujący zaprezentował zestawienie wycen stawek ratowników przystępującego z postępowania o całkowicie odmiennym zakresie rzeczowym. Z pewnością konieczna byłaby bardziej szczegółowa analiza w tym zakresie, aby stwierdzić, że cena oferty w tym postępowaniu powinna być porównywalna do tych, oferowanych w innych, organizowanych przez inne podmioty zamawiające. Niewystarczające zatem w tym przypadku są ogólne wywody i twierdzenia odwołującego, jak też prezentowane w odwołaniu zestawienia w szczególności, jeśli te mają być podstawą do uwzględnienia tego zarzutu i nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała powyższy zarzut za niepotwierdzony. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób uznać, że w postępowaniu zachodziły okoliczności, które winny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Fundację WSR i DELPHINUS i spowodować wszczęcie procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Fundacja WSR oraz DELPHINUS do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz złożonych oświadczeń co do podstaw przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie kadry”.

Odwołujący, w treści odwołania, powołując się na zapisy Rozdziału XVIII ust. 5 SWZ wskazywał, że zamawiający przewidział, że w toku postępowania może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących składanych przez nich ofert, lub też innych składanych w toku postępowania dokumentów lub oświadczeń. W jego ocenie zamawiający powinien z tego uprawnienia skorzystać w odniesieniu do złożonych przez wykonawców oświadczeń w zakresie, w jakim Ci zadeklarowali, że dysponują odpowiednią kadrami, co stanowiło jednocześnie pozacenowe kryterium oceny ofert.

Odwołujący oczekiwał zatem, że zamawiający w toku procedury wyjaśnień treści ofert zażąda od poszczególnych wykonawców wykazu, w którym poda imiona i nazwiska dwunastu ratowników oraz opisz ich doświadczenie w ratownictwie wodnym.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że procedura, na którą wskazuje odwołujący, a która przewidziana została w art. 223 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny,

ponadto stanowi podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień w sytuacji kiedy określone dane czy informacje takich dodatkowych wyjaśnień wymagają, a zatem budzą jakieś wątpliwości, czy też wymagają doprecyzowania. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie złożyli oświadczenie o jednakowej treści (w tym odwołujący) deklarując, że będą dysponowali określoną liczbą ratowników, posiadających pięcioletnie i wyższe doświadczenie, w konsekwencji otrzymali w tym kryterium maksymalną liczbę punktów.

Odwołujący, oprócz domagania się, aby zamawiający skierował do wykonawców stosowne wezwanie nie przedstawił żadnych argumentów, ani też dowodów, które mogłyby wskazywać, że treść złożonych w toku postępowania oświadczeń mogłaby budzić jakiegokolwiek wątpliwości. Dowody złożone na rozprawie w postaci wniosków odwołującego o udostępnienie informacji publicznej, jak też odpowiedzi udzielone przez Tarnowskie Termy Sp. z o.o. i Powiatowe Centrum Sportu w Belchatowie, z których ma wynikać nienależyte świadczenie usług przez Fundację WSR, z jednej strony wymagają dodatkowego zbadania i bez odniesienia się do tych sytuacji przez przystępującego nie sposób wywieść z czego wynikały stwierdzone uchybienia. Dodatkowo zauważyć należy, że zamówienie realizowane dla zamawiającego Tarnowskie Termy Sp. z o.o., na które powołuje się odwołujący, dotyczą usług realizowanych w latach 2018 - 2019, z kolei w przypadku usługi realizowanej dla Powiatowego Centrum Sportu w Belchatowie nie sposób ustalić okresu w jakim te były świadczone, jednak numer sprawy zamawiającego wskazuje, że postępowanie zostało wszczęte w roku 2019. Tym samym realizacja zamówienia najprawdopodobniej miała miejsce w roku następnym. Odwołujący powołał się zatem wyłącznie na realizowane wcześniej zamówienia, nie odnosząc się w żaden sposób i nie przedstawiając żadnych dowodów na to, że obecnie czy to wykonawca Fundacja WSR czy też DELPHINUS nie dysponują kadrą posiadającą stosowne uprawnienia i legitymującą się doświadczeniem w takim zakresie, w jakim złożyli swoje deklaracje w ofertach.

Mając powyższe na względzie uznać należy, że z jednej strony nie było podstaw do wzywania wykonawców z powodu istniejących wątpliwości co do rzetelności złożonych oświadczeń, z drugiej natomiast, co wprost wynika z wiążących tak zamawiającego jak i uczestników postępowania kategorycznych w swojej treści zapisów SWZ, zamawiający w dokumentacji postępowania nie określał wymogów dotyczących podania w ofercie personaliów ratowników i opisywania ich doświadczenia zawodowego. Warto też nadmienić, że odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców, który prosił o wyjaśnienie czy wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą imienny wykaz ratowników, którzy będą realizowali przedmiotową usługę, zamawiający poinformował, że takie wymagania w treści SWZ nie zostały sformułowane, stwierdzając jednocześnie, że ocena w tym zakresie dokonana zostanie na podstawie złożonego oświadczenia (odpowiedzi na zapytania nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia - pismo zamawiającego z 9 maja 2022 r.).

Powyższe dowodzi, że ocena ofert, w zakresie wskazanego kryterium oceny, została dokonana w sposób zgodny z SWZ i na podstawie danych zawartych w złożonych ofertach. Na obecnym etapie, a zatem po złożeniu ofert, modyfikacja wymagań w tym zakresie byłaby niezgodna za zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdzić należy, że zarzuty odwołującego zmierzają de facto do zmiany SWZ w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert, pomimo jednoznacznego brzmienia zarówno SWZ, jak też treści wyjaśnień zamawiającego co do podstaw oceny ofert w tym kryterium, jako opartego wyłącznie na oświadczeniu woli zawartym w Formularzu ofertowym.

Tym samym Izba uznała zarzuty w tym zakresie za niezasadne.

Odwołujący sformułował także, jako zarzut alternatywny, zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący przytaczał treść przepisu art. 240 ust. 2 ustawy Pzp wywodząc, że zgodnie z nim kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz winny umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Oznacza to, że zasady i kryteria oceny ofert muszą być mierzalne i zobiektywizowane, gdyż w przeciwnym wypadku ocena ofert zostanie dokonana z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zwrócił też uwagę na aktualnie kształtującą się nową linię orzeczniczą, dotycząca obowiązku weryfikowalności pozacenowych kryteriów oceny ofert na etapie postępowania, cytując wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt XXIII Ga 1350/20, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 35/21.

Z powyższych orzeczeń odwołujący wywodził, że zamawiający oceniając kryterium doświadczenia kadry musi posiadać wiedzę co do tego, kogo faktycznie ocenia (imię

1 nazwisko ratownika) i za co (doświadczenie - dla jakiego podmiotu nabyte i w jakim przedziale czasowym). W konsekwencji twierdził, że konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powrót do badania i oceny złożonych ofert, a w jego ramach pozyskanie przez zamawiającego ww. informacji od poszczególnych wykonawców w ramach procedury określonej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei w przypadku braku zastosowania ww. procedury i dopełnienia przez zamawiającego obowiązku weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert, w ocenie odwołującego konieczne staje się uwzględnienie przez Izbę zarzutu alternatywnego, tj. zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem tak prowadzone postępowanie będzie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zarzut ten oddaliła uznając, że nie sposób stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka opisana w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp składa się z koniunkcji okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu, tj. (i) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); (ii) wada musi być niemożliwa do usunięcia; (iii) wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący, w treści złożonego odwołania wskazywał na treść przepisu art. 240 ust.

2 ustawy Pzp, zwracając uwagę z jednej strony na nieprawidłowy opis pozacenowych kryteriów oceny ofert, z drugiej na wadliwą ich ocenę z tego powodu, że zamawiający nie zweryfikował złożonych przez wykonawców oświadczeń na etapie składania ofert. Przytaczał orzeczenia sądu okręgowego, wskazujące na obowiązek przeprowadzenia takiej weryfikacji już na etapie postępowania.

O ile Izba w pełni podziela wywody, zawarte w cytowanych orzeczeniach sądów okręgowych, to podkreślenia wymaga, że powyższe odnosiły się do kwestionowania postanowień dokumentacji, nie zaś do etapu rozstrzygnięcia postępowania. I tak Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r. sygn. akt XXIII Ga 1350/20 dotyczył dopuszczalności zastosowania w SWZ, w przetargu informatycznym ZUS kryterium oceny ofert „Poziom dostępności usług (SLA) - 30%” kryterium „Test kompetencji technicznych - 30%”, z kolei Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 35/21 dopuszczalności zastosowania w przetargu informatycznym Ministerstwa Sprawiedliwości kryterium - Czas usunięcia awarii lub błędów (także odnosi się do możliwości zamieszczenia stosownych zapisów w SWZ).

Z kolei w przedmiotowym postępowaniu ani kryteria oceny ofert, ani też sposób ich oceny nie były kwestionowane przez wykonawców na etapie przekazania im dokumentacji prowadzonego postępowania. Co więcej, jeden z nich prosił o sprecyzowanie, czy w zakresie tego kryterium ocena będzie dokonywana przez zamawiającego wyłącznie na podstawie złożonego w ofercie oświadczenia, a zamawiający powyższe potwierdził, odpowiadając na zadane pytanie. Jeśli zatem nawet dopatrywać się wady tego postępowania, to wada taka winna zostać dostrzeżona na etapie SWZ.

Co do wystąpienia dwóch kolejnych przesłanek, opisanych w treści cytowanego przepisu tj. okoliczności, że wada musi być niemożliwa do usunięcia oraz, że wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, odwołujący nie odniósł się do nich w treści odwołania. Już sama ta okoliczność czyni konstrukcję przedmiotowego zarzutu wadliwą. Powtórzyć bowiem po raz

kolejny należy, że nie wystarczy dla zaistnienia przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że ta jest niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje ona niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący tego zaniechał, tym samym trudno stwierdzić gdzie upatrywał okoliczności obligujących zamawiającego do dokonania takiej czynności.

Z kolei skład orzekający nie dopatrywał się takich okoliczności. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w SWZ opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W SWZ oprócz wskazania kryteriów, podano ich wagę oraz opisano sposób obliczenia punktów na ich podstawie. Tym samym stwierdzić należy, że w niniejszym postępowaniu zamawiający uczynił zadość obowiązkowi określonymu w tym przepisie.

Nie sposób stwierdzić, że obecne stanowisko odwołującego, odnośnie wadliwego określenia pozacenowego kryterium oceny ofert w SWZ, może zostać uznane za okoliczności, które czyniłyby tę część SWZ na tyle wadliwą, by nie można było porównać złożonych ofert i dokonać ich oceny, zgodnie z przyjętymi w dokumentacji postępowania zasadami. Zwrócić należy uwagę, że wszyscy wykonawcy składający swoje oferty w postępowaniu, posiadali jednakową informację dotyczącą sposobu oceny złożonych ofert w tym, że aby uzyskać punkty w kryterium pozacenowym, wystarczające jest złożenie oświadczenia o określonej treści. Tym samym stwierdzić należy, że treść tej części dokumentacji postępowania była jasna, równa dla wszystkich, jak też wystarczająca i pozwalająca na sporządzenie ofert oraz na przeprowadzenie ich merytorycznej oceny. Jeśli nawet przedmiotowe kryterium wymagało doprecyzowania w zakresie możliwości jego weryfikacji, aby lepiej zabezpieczyć interes zamawiającego, nie oznacza to jeszcze, że postępowanie w danym kształcie jest obarczone tak poważną wadą, by była konieczność jego unieważnienia.

Należy zaznaczyć, że wykonawca składając swoją ofertę i przygotowując ją zgodnie z wymogami SWZ nie może być narażony na negatywne konsekwencje uchybień zamawiającego, jeśli te nie są na tyle poważne, aby mówić o skutku w postaci konieczności unieważnienia postępowania. W odniesieniu do sposobu opisu kryteriów oceny ofert, nie sposób uznać za tak istotną wadę sytuacji, kiedy zamawiający wprawdzie opisał kryteria pozacenowe, ustalił sposób w jaki dokonywał będzie oceny, ale nie przewidział sposobu ich weryfikacji na etapie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że zgoła odmienna sytuacja miała miejsce w rozpoznawanym przez Izbę, a przywoływanym przez odwołującego, postępowaniu o sygn. akt KIO 137/22. W omawianym wyroku Izba wprawdzie nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże podkreślić należy, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy kryteria oceny ofert zostały sformułowane w taki sposób, że na ich podstawie nie dało się w sposób jednoznaczny ustalić jaką liczbę punktów należy przyznać danemu wykonawcy w ramach kryterium pozacenowego. Wadą, której dopatryła się Izba w okolicznościach tamtej sprawy była niejednoznaczność opisu, odnoszącego się do przesłanek kryteriów oceny ofert w ramach prowadzonego postępowania, która w konsekwencji stanowiła negatywną przesłankę udziału wykonawców w postępowaniu i została uznana za taką wadę postępowania. Z kolei w rozpoznawanej sprawie, ustalone przez zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert dają możliwość przeprowadzenia obiektywnego procesu oceny każdej oferty, pozwalają na porównanie złożonych ofert, a w wyniku tego porównania można jednoznacznie przesądzić, która oferta jest najkorzystniejsza.

W konsekwencji Izba uznała, że również zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Fundacja WSR, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości - nie znalazły potwierdzenia w realiach rozpoznawanej sprawy. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadami opisanymi w SWZ oraz zgodnie z przepisami ustawy Pzp a wybrana w postępowaniu oferta była najkorzystniejsza, mając na uwadze kryteria ustalone i opisane w dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: