

Sygn. akt: KIO 1043/23

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez: Miasto Łódź - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi, ul. Ks. Skorupki 21, 90-532 Łódź

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Adama Mickiewicza 18, 70-383 Szczecin; 2) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie:

a) Zarzutu 1. Naruszenia art. 128 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Firm: 1) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Adama Mickiewicza 18, 70-383 Szczecin; 2) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie

doświadczenia w sytuacji, gdy z treści złożonych przez wykonawcę w toku postępowania dokumentów nie wynika, że wykonawca wykazał spełnienie warunku

i nakazuje Zamawiającemu: Miasto Łódź - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi, ul. Ks. Skorupki 21, 90-532 Łódź unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Adama Mickiewicza 18, 70-383 Szczecin; 2) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola, tj. czynności z 07.04.2023 r., jak również nakazuje

powtórzenie badania i oceny ofert, w ramach którego nakazuje wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) Konsorcjum Firm: 1) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Adama Mickiewicza 18, 70-383 Szczecin; 2) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola do uzupełnienia

podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia.

2. Kosztami postępowania obciążyć Miasto Łódź - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi, ul. Ks. Skorupki 21, 90-532 Łódź i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Fundację Wodną Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Miasto Łódź - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi, ul. Ks. Skorupki 21, 90-532 Łódź na rzecz Fundacji Wodnej Służby

Ratowniczej, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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 1043/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów MOSiR w Łodzi w 2023 r. - usługa sezonowa. Nr sprawy 1/2023/TP”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.03.2023 r. pod nr 2023/BZP 00144318/01 przez: Miasto Łódź - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi, ul. Ks. Skorupki 21, 90-532 Łódź zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „Pzp” albo „p.z.p”.

W dniu 07.04.2022 r. (poprzez platformę SmartPZP) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Adama Mickiewicza 18, 70-383 Szczecin; 2) Zduńskowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola zwane dalej: „Konsorcjum WOPR” albo „Konsorcjum” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław zwana dalej: „FWSR” albo „Odwołującym”.

Dnia 12.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 07.04.2022 r. złożył FWSR. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - konsorcjum w składzie:
 - Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Adama Mickiewicza 18 70-383 Szczecin
 - Zduńskowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola,
2. uznaniu, że Konsorcjum wykazało w toku postępowania za pomocą złożonych podmiotowych środków dowodowych spełnienie warunku udziału dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego,
3. zaniechaniu wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia Konsorcjum,
4. zaniechaniu wezwania do uzupełnienia oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 Pzp złożonego przez Konsorcjum pomimo, że jego treść nie potwierdza, że konsorcjant którego potencjał doświadczenia ma w całości potwierdzać warunek udziału w zakresie

doświadczenia w realizacji usług ratowniczych, faktycznie wykona zamówienie w zakresie dla którego te zdolności są wymagane - w przypadku oddalenia zarzutu dotyczącego

niewykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia,

o czym Odwołujący powziął informację z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanego przez Zamawiającego czynnością z 07.04.2023 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. naruszenie art. 128 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia w sytuacji, gdy z treści złożonych przez wykonawcę w toku postępowania dokumentów nie wynika, że wykonawca wykazał spełnienie warunku,
2. naruszenie art. 128 ust 1 Pzp w zw. z art. 117 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 Pzp w sytuacji gdy złożone w postępowaniu nie potwierdza, że podmiot spełniający warunek udziału w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji usług, faktycznie wykona zamówienie w zakresie dla którego te zdolności są wymagane -w przypadku oddalenia zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia,

co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i wadliwą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania
- na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o:
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 07.04.2023 r. jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

- wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia a w przypadku oddalenia zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału, o wezwanie do uzupełnienia oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 Pzp ,
- ponowienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz dokonanie ponownego

wyboru oferty najkorzystniejszej.

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów MOSIR w Łodzi w 2023 roku - usługa sezonowa na n/w obiektach:
 - 1) pływalniach sezonowych - 2 obiekty,
 - 2) kąpieliskach - 3 obiekty,
 - 3) przystaniach - 3 obiekty.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku nr 1 do SWZ.

2. Warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy/podmiotowy środek dowodowy.

Zgodnie z SWZ Zamawiający określił następujący warunek szczegółowy dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego jakim musiał się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia:

- 10.1.4.1 Warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN.

Analogiczny warunek zawarto w treści ogłoszenia o zamówieniu (5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu).

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku obowiązkiem wykonawcy było złożenie m.in. Wykazu usług wykonanych 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 usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie.

Na etapie poprzedzającym złożenie ofert w postępowaniu jeden z wykonawców (zapewne członek Konsorcjum) zwracał się do Zamawiającego o dokonanie modyfikacji treści warunku wnosząc o jego złagodzenie m.in. poprzez usunięcie wymogu aby cały wymagany zakres referencyjny był zrealizowany w ramach jednego kontraktu (pytanie i odpowiedź nr 2 z 24.03.br.)

Zgodnie z pytaniem: Pytanie nr 2:

Zamawiający w SWZ napisał:

Warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni odkrytej, przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN.

Proponowany zapis, który również będzie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ale umożliwi udział w postępowaniu szerszej grupie Wykonawców:

Warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał w jednym roku, usługi w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni odkrytej, przystani wodnej i/lub kąpielisku o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 500 000,00 PLN.

Uzasadnienie:

Po przeprowadzeniu analizy żądań z podmiotów upoważnionych do wykonywania ratownictwa wodnego z terenu województwa łódzkiego nie spełnia wymagań dotyczących zdolności technicznej i zawodowej opisanych w pkt 10.1.4.1 SWZ. Zamawiający wskazał w SWZ, że oferty mogą składać wszyscy zainteresowani Wykonawcy. Niestety tak wysokie wymagania uniemożliwiają złożenie oferty lokalnym podmiotom, które są zainteresowane zamówieniem. Ponadto pragniemy nadmienić, że usługi wykonywane na pływalni odkrytej, przystani wodnej lub kąpielisku wykonywane są w okresie letnim. Tak więc wykonywanie usług w jednym roku w ramach kilku umów angażuje podmiot do takiej samej pracy jak realizacja tych usług w ramach jednej umowy. W związku z powyższym wnioskujemy o umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu większej liczbie Wykonawców poprzez zmianę wymagań wskazanych w pkt 10.1.4.1 SWZ na proponowane przez nas.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że zapis w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) dotyczący warunków udziału w postępowaniu (zdolności technicznej lub zawodowej) pozostawia bez zmian.

Pytania zadane przez Wykonawcę i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego stanowią integralną część SWZ.

Warunek udziału nie był w toku postępowania przed terminem składania ofert przedmiotem modyfikacji.

Podsumowując: warunek podmiotowy jakiego spełnieniem musiał wykazać się w toku postępowania Wykonawca obejmował w szczególności:

- wykonanie co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony ratownictwa wodnego,
- wykonana usługa referencyjna miała dotyczyć usług z zakresu ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej,

przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN.

Wskazał, że warunek odnosi się do konieczności legitymowania się w ramach

jednego kontraktu usługami wykonanymi:

1. na pływalni otwartej - konieczny element kontraktu i jednocześnie
2. przystani wodnej i/lub kąpielisku.

Za niespełniające warunku uznać należy zatem w szczególności usługi realizowane w ramach jednego kontraktu wyłącznie na kąpielisku.

„Kąpielisko i/lub przystań” to wyłącznie jeden z wymaganych rodzajów obiektu chronionego w ramach warunku, przy czym niezależnie od powyższego koniecznym rodzajem chronionego obiektu musiała być pływalnia otwarta.

Potwierdza powyższy sposób rozumienia warunku także wymóg odnoszący się do konieczności wykazania wymienionych rodzajów usług dla chronionych obiektów w ramach jednego kontraktu. Gdyby uznać, że możliwe byłoby spełnienie warunku usługą wykonaną w ramach ochrony tylko jednego rodzaju obiektu dodatek wskazujący na wymóg aby usługi te były wykonane w ramach jednego kontraktu byłby zbędny.

Dodatkowym potwierdzeniem prawidłowości odczytania warunku w sposób jak powyżej jest fakt, że warunek taki jest ściśle związany i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który obejmuje usługi w zakresie ochrony ratownictwa wodnego realizowane jednocześnie w ramach jednego kontraktu na:

- 1) pływalniach sezonowych - 2 obiekty,
- 2) kąpieliskach - 3 obiekty,
- 3) przystaniach - 3 obiekty.

Zatem postawiony wymóg w postaci konieczności legitymowania się wykonaniem równocześnie usług w ramach jednego kontraktu na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku był w pełni uzasadniony. Wskazał, że istotą warunków podmiotowych jest powierzenie realizacji zamówienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania usług (w przedmiotowej sprawie usług szczególnych związanych bezpośrednio z ochroną życia i zdrowia).

Skoro miarą doświadczenia jest uprzednia realizacja tożsamyh rodzajowo usług do objętych przedmiotem zamówienia, to także powyższe okoliczności potwierdzają, że warunek dotyczący konieczności wykazania się doświadczeniem w postaci ochrony ratowniczej dla wskazanych obiektów - w tym minimum pływalni otwartej był w pełni uzasadniony i racjonalny a także adekwatny i nie nadmiarowy.

Podkreślił, że warunek w obowiązującym kształcie był bardzo restrykcyjny a zamówienie tego rodzaju jak referencyjne unikalne, co potwierdzał wykonawca kierujący wnioskiem do Zamawiającego o modyfikację warunku. Skoro zatem warunek stanowił istotne ograniczenie dostępu do postępowania to niedopuszczalne jest aby na aktualnym etapie postępowania tj. po złożeniu ofert dokonywać jego liberalnej i niezgodnej z literalnym brzmieniem interpretacji.

Warunek wymaga od wykonawców legitymowania się usługami ratownictwa wodnego w ramach jednego kontraktu na:

- pływalni otwartej (w każdym przypadku)

i jednocześnie dodatkowo:

- kąpieliska i przystani wodnej (jednocześnie) bądź
- samego kąpieliska albo samej przystani wodnej

W przypadku części warunku w brzmieniu:

„przystani wodnej i/lub kąpielisku”

mamy do czynienia z użyciem spójnika „lub”, co oznacza, iż występuje tu konstrukcja tożsama z alternatywą łączną w zdaniach złożonych. W takim przypadku wystarczy wykazać prawdziwość jednego ze zdań składowych, aby całe zdanie było prawdziwe. W zdaniu „Jan Nowak jest nauczycielem lub jest lekarzem” do prawdziwości zdania wystarczy wykazanie, iż Jan Nowak wykonuje tylko jeden z tych zawodów, podczas gdy drugie zdanie może być fałszywe. Natomiast nieprawdziwość obydwu części składowych („Jan Nowak nie jest ani nauczycielem ani lekarzem”) pociąga za sobą bezwzględną fałszywość całej wypowiedzi. Dlatego per analogiam należy uznać, że spełnienie warunków SWZ następuje w przypadku zaistnienia obydwu danych sytuacji łącznie, co podkreśla wariantywny spójnik „i” („przystani wodnej i kąpielisku”), jak również gdy zaistnieje tylko jedna ze wskazanych sytuacji („przystani wodnej lub kąpielisku”). Natomiast w przypadku niezastnienia obydwu sytuacji warunek nie zostaje spełniony (zdanie jest logicznie fałszywe).

Dodatkowo wskazał, że w odniesieniu do każdego z elementów warunku mamy do czynienia z definicjami legalnymi:

KĄPIELISKO - art. 2 ust. 7 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych:

kąpielisko - rozumie się przez to kąpielisko, o którym mowa w art. 16 pkt 22 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne;

KĄPIELISKO - art. 16 pkt 22 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne:

kąpielisku - rozumie się przez to wyznaczony przez radę gminy wydzielony i oznakowany fragment wód powierzchniowych, wykorzystywany przez dużą liczbę osób kąpiących się, pod warunkiem że w stosunku do tego kąpieliska nie wydano stałego zakazu kąpeli; kąpieliskiem nie jest: pływalnia, basen pływacki lub uzdrowiskowy, zamknięty zbiornik wodny podlegający oczyszczaniu lub wykorzystywaniu w celach terapeutycznych, sztuczny, zamknięty zbiornik wodny, oddzielony od wód powierzchniowych i wód podziemnych;

PŁYWALNIA - art. 2 ust. 8 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych:

pływalni - rozumie się przez to obiekt kryty lub odkryty, z wodą przepływową, przeznaczony do pływania lub kąpeli, posiadający co najmniej jedną nieckę basenową, z trwałym brzegiem i dnem, wyposażony w urządzenia sanitarne, szatnie i natryski.

PRZYSTAŃ - art. 16 pkt 65 lit. i ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne:

Art. 16. Ilekroć w ustawie jest mowa o: 65) urządzeniach wodnych - rozumie się przez to urządzenia lub budowle służące do kształtowania zasobów wodnych lub korzystania z tych zasobów, w tym: i) mury oporowe, bulwary, nabrzeża, mola, pomosty i przystanie,

3. Zamówienia referencyjne Konsorcjum - usługi ratownictwa wykonane wyłącznie na kąpielisku

Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu wykazując się jednym zamówieniem referencyjnym polegającym na wykonaniu usług ratownictwa wodnego wyłącznie na kąpielisku.

Zgodnie z wykazem usług oraz złożonymi referencjami:

1	usługa w zakresie ochrony ratownictwa „Organizacja i prowadzenie strzeżonych Kąpielisk morskich Międzyzdroje oraz prowadzenie działań w zakresie edukacji i	615000,00 PLN brutto	15.06 15.09.2021	Gmina Międzyzdroje Plac Ratuszowy 1 72-500 Międzyzdroje
---	---	----------------------------	---------------------	--

W tej sytuacji Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku o którym mowa w SWZ co obliguje do wezwania do uzupełnienia Wykazu w trybie art. 128 ust 1 Pzp.

Zamówienie referencyjne nie obejmuje wymaganych w ramach jednego kontraktu usług ratownictwa wodnego realizowanych na pływalni otwartej bowiem dotyczyło jedynie kąpieliska.

Orzecznictwo KIO jednolicie stoi na stanowisku, że na etapie po złożeniu ofert w postępowaniu za niedopuszczalne jest dokonywanie interpretacji warunków podmiotowych w sposób inny niż językowy i ścisły.

Jak potwierdza orzecznictwo KIO, na aktualnym etapie postępowania próby interpretacji brzmienia warunku udziału w postępowaniu, nie są dozwolone, a Zamawiający jak i wykonawcy są związani treścią SWZ i warunków w ich ostatecznym kształcie.

W ocenie Odwołującego treść warunku udziału w jego ostatecznym i obowiązującym w postępowaniu brzmieniu jest

jednoznaczna i nie budząca żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Na etapie po złożeniu ofert w przetargu dokonywana jest wyłącznie ocena spełnienia warunku w jego obowiązującym kształcie. W szczególności nie ma mowy o dokonywaniu na tym etapie oceny intencji Zamawiającego, jakimi kierował się kształtując brzmienie warunku.

O ile faktycznie Konsorcjum uznawało, że warunek winien otrzymać inne brzmienie winien był w trybie czy to procedury wyjaśniającej SWZ czy też na drodze środków ochrony prawnej wnosić o modyfikację warunku, co jednak w sprawie nie miało miejsca. Tak przykładowo:

wyrok KIO z 06.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2264/21

Skład orzekający Izby podkreśla, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ściśle według tego jaki warunek został ustanowiony. Tak zamawiający, jak i wykonawcy są związani ustanowionymi przez zamawiającego postanowieniami SWZ warunkami i wymogami.

wyrok KIO z 04.03.2022 r., sygn. akt: KIO 434/22

Wbrew sugestiom Odwołującego, na obecnym etapie postępowania, tj. po otwarciu ofert, nie ma znaczenia czy bardziej koresponduje ona w opisem przedmiotu zamówienia analizowanego postępowania, zważywszy na jego zakres. Wiążący jest bowiem opis warunku udziału w postępowaniu zawarty w SWZ, w brzmieniu sprzed terminu składania ofert. Ewentualne kwestionowanie określenia tego warunku mogło być dokonane w terminie ustawowym, liczącym od opublikowania ostatecznej treści SWZ w tym zakresie. Po bezskutecznym upływie tego terminu zmiany w tym zakresie są niedopuszczalne. W konsekwencji, zważywszy na sposób określenia analizowanego warunku udziału w postępowaniu, pojawiającą się w kilku miejscach odwołania argumentację, dotyczącą brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zestawieniu z opisem przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu, należy uznać za chybioną. Jak wyżej zaznaczono określenie warunku udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle.

4 .Oświadczenie w trybie art. 117 ust 4 Pzp.

Warunek podmiotowy udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia to: 10.1.4.1 Warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej,

przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN.

Zamówienie referencyjne Konsorcjum to usługa zrealizowana w całości przez jednego z konsorcjantów tj. Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego ul. Adama Mickiewicza 18 70-383 Szczecin (wartość zamówienia kwota 615 000 zł)

Drugi z konsorcjantów Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe ul. Srebrna 1, 98-220 Zduńska Wola nie wykazuje w postępowaniu spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji usług.

Cena oferty Konsorcjum to 537 186 zł.

Zgodnie z art. 117 ust 3 Pzp

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać

na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Skoro zatem warunek udziału to doświadczenie w wykonaniu usługi ratownictwa wodnego o wartości min 550 000 zł a warunek udziału w całości spełnia tylko jeden z konsorcjantów Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, to na etapie realizacji przedmiotu zamówienia właśnie ten podmiot ma obowiązek faktycznie wykonać zamówienie w zakresie co najmniej zgodnym z warunkiem, który spełnia samodzielnie i wyłącznie w postępowaniu.

Konsorcjum złożyło wraz z ofertą oświadczenie w zakresie art. 117 ust 4 Pzp zgodnie z którym obydwaj konsorcjanci, a więc także podmiot niewykazujący wymaganego doświadczenia, mają zamiar zrealizować tożsamy zakres usług.

Zgodnie z oświadczeniem:

Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji pn.: Świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów MOSiR w Łodzi w 2023 r. - usługa sezonowa, w związku ze złożeniem oferty wspólnej oraz zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, oświadczam (oświadczamy), że nn. usługi będą wykonane przez:

Lp.*	Nazwa wykonawcy	Zakres zamówienia realizowany przez Wykonawcę
------	-----------------	---

1	Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego	Świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów MOSiR w n/w obiektach: 1) Pływalniach sezonowych-2 obiekty, 2) Kąpieliskach- 3 obiekty, Przystaniach- 3 obiekty.
2	Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe	Świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów MOSiR w n/w obiektach: 3) Pływalniach sezonowych- 2 obiekty, 4) Kąpieliskach- 3 obiekty, 5) Przystaniach- 3 obiekty.

W ocenie Odwołującego oświadczenie potwierdza, że udział WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w ramach konsorcjum ma charakter fikcyjny i służący wyłącznie dla potrzeb formalnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu a faktyczna realizacja

zamówienia zostanie powierzona Zduńskowolskie WOPR tj. podmiotowi, który warunku udziału w postępowaniu nie spełnia.

Jak wskazuje orzecznictwo Izby w zakresie celu składanego w postępowaniu oświadczenia w trybie art. 117 ust 4 Pzp:

Wyrok KIO z 08.11.2021 r., sygn. akt: KIO 2945/21

Jak wynika z treści art. 117 ustawy Pzp, oświadczenie składane na tej podstawie, składane jest w sytuacji, gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazują spełnienie warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 oraz w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia i służy weryfikacji tego, że daną część zamówienia wykona ten z wykonawców, który rzeczywiście ma stosowne uprawnienia, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie. Celem tego oświadczenia jest więc weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia oświadczenia przez

podmiot trzeci na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

wyrok z 11.10.2021 r., sygn. akt: KIO 2597/21,

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania wniosków / ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane.

Mając na uwadze brzmienie art. 117 ust. 2 p.z.p. warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (...) jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Z przepisu tego wynika zatem wprost, że to ten członek Konsorcjum, który posiada stosowne wymagane uprawnienia, będzie realizował usługi - co zostaje potwierdzone oświadczeniem złożonym na podstawie ustawy Pzp. W przypadku określenia podziału zadań pomiędzy

członków Konsorcjum, wskazanego w formie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., każdy z członków Konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 p.z.p.

Jak słusznie wskazuje Prezes UZP w opinii prawnej: „Obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp przez współników spółki cywilnej”

W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego

wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Ratio legis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Złożone w postępowaniu przez Konsorcjum oświadczenie w trybie art. 117 ust 4 Pzp potwierdza, że pomimo, że warunek podmiotowy w zakresie doświadczenia w realizacji usług spełnia tylko jeden konsorcjant (Zachodniopomorskie WOPR) ma on realizować zamówienie w analogicznym zakresie jak podmiot, który nie legitymuje się w postępowaniu żadnym doświadczeniem. Dodatkowo wskazał, że oświadczenie w treści jak w złożonej ofercie powiela w przypadku każdego z konsorcjantów całkowity zakres rzeczowy zamówienia i nie konkretyzuje usług jakie mają realizować poszczególni wykonawcy co świadczy niezależnie o pozorności oświadczenia i niewypełnieniu celu dla którego jest wymagane w postępowaniu i samo w sobie stanowi podstawę do wezwania do uzupełnienia oświadczenia.

Zamawiający w dniu 13.04.2023 r. (poprzez platformę SmartPZP) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)

Konsorcjum WOPR zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum WOPR

W dniu 24.04.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Ustosunkowując się do pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał, co następuje. Analiza znaczenia użytego w SWZ warunku szczegółowego dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykazaniu wykonania „co najmniej jednej usługi w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku” należy interpretować przede wszystkim w kontekście wykładni językowej, czyli przy zastosowaniu reguł znaczeniowych i gramatycznych obowiązujących w języku polskim.

Użycie przez zamawiającego sformułowania na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku (z charakterystycznym spójnikiem „i/lub”) należy odczytywać faktycznie jako sformułowanie dwóch równorzędnych ciągów znaczeniowych: na pływalni otwartej, przystani wodnej i kąpielisku / na pływalni otwartej, przystani wodnej lub kąpielisku.

Zgodnie z obowiązującymi i powszechnie stosowanymi zasadami gramatycznymi w przypadku użycia w wyliczeniu przecinka oraz spójnika, użyty spójnik określa znaczenie przecinka. W ten sposób powstają dwa wyliczenia o różnym znaczeniu:

1) na pływalni otwartej i przystani wodnej i kąpielisku (wyliczenie koniunkcyjne, które jest prawdziwe, gdy wszystkie jego składniki są prawdziwe), 2) na pływalni otwartej lub przystani wodnej lub kąpielisku (wyliczenie alternatywne, które jest prawdziwe, gdy którykolwiek z jego składników jest prawdziwy).

W tej sytuacji zwrot (wyliczenie) „na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku” będzie miało dodatnią wartość logiczną (będzie prawdziwe), gdy prawdziwe będzie którekolwiek ze wskazanych wyżej wyliczeń (koniunkcyjne lub alternatywne). Dla prawdziwości wyliczenia alternatywnego (na pływalni otwartej lub przystani wodnej lub kąpielisku) wystarczy, że wykonawca będzie legitymował się wykonaniem usługi na którymkolwiek z wymienionych obiektów (także wyłącznie na jednym obiekcie).

Ustosunkowując się do drugiego z podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał, co następuje. W art. 58 ust. 1 P.z.p. ustawodawca wprost dopuścił wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego. Wspólne ubieganie się o zamówienie zwykle przybiera formę konsorcjum. Truizmem jest twierdzenie, że na etapie postępowania

o udzielenie zamówienia wykonawcy, decydujący się na wspólne ubieganie się o jego udzielenie na zasadach określonych w art. 58 P.z.p., traktowani są jak jeden wykonawca. W postępowaniu o udzielenie zamówienia reprezentowani są oni przez wyznaczonego przez siebie pełnomocnika. Należy zaznaczyć też, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, na co wielokrotnie wskazuje się m.in. w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wskazano na wstępie, w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający (w pkt 10.1.4.2. SWZ) określił, że „warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN.” Dalej wskazał, że: „W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach podmiotów

udostępniających zasoby w/w warunek oceniany będzie łącznie”.

Zgodnie z art. 121 P.z.p. generalną zasadą jest możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, a zamawiający, w szczególnych przypadkach, ma jednak prawo ograniczyć dopuszczalność podwykonawstwa w odniesieniu do najistotniejszych zadań wchodzących w zakres zamówienia. W takich sytuacjach to wykonawca ma obowiązek ich osobistego wykonania.

Jak wskazuje się w komentarzu do art. 121 P.z.p. „Obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę (czyli zakaz podwykonawstwa w tym zakresie) może dotyczyć wyłącznie kluczowych zadań. Problemem jest ustalenie znaczenia pojęcia kluczowych zadań (na gruncie PZP2004 - kluczowych części), gdyż nie zostało ono nigdzie zdefiniowane. W praktyce przyjmuje się, że ustalenie kluczowych zadań zamówienia musi następować ad casum. Będą to bowiem najważniejsze elementy zamówienia, mające największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach. Zamawiający tym samym nie może poprzestać na poinformowaniu o obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań zamówienia, ale musi wskazać te zadania, które uważa za kluczowe” (vide: komentarz do art. 121 P.z.p. w : Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, red. Jaworska 2022, wyd. 4/D. Grześkowiak-Stojek, wersja elektroniczna w Legalis).

W ramach niniejszego postępowania Zamawiający nie ograniczył wykonawcy w zleceniu podwykonawcom wykonania niektórych zadań wchodzących w skład zamówienia. Zatem brak zastrzeżenia przez Zamawiającego należy też postrzegać jako brak wskazania

przez Zamawiającego by choćby jedno (którekolwiek) z zadań przewidzianych w ramach przedmiotu zamówienia miało dla niego kluczowe znaczenie.

Powyższe powoduje, że w ramach każdego z zadań przewidzianych w zamówieniu pn. „Świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów MOSiR w Łodzi w 2023 r. - usługa sezonowa” (a więc czy to na pływalniach sezonowych, kąpieliskach, czy przystaniach) może być ono wykonane, także przez podwykonawcę, który - co oczywiste -poza posiadaniem uprawnień do wykonywania usług ratownictwa wodnego (tj. zgodę ministra właściwego do spraw wewnętrznych na wykonywanie ratownictwa wodnego, wydaną na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych oraz wpis do rejestru jednostek współpracujących z systemem Państwowe Ratownictwo Medyczne, o którym mowa w art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie) nie musi spełniać żadnych dodatkowych warunków (a w szczególności takiego, jak przewidziano w pkt 10.1.4.2. SWZ).

W tym kontekście warto zwrócić uwagę, na wyrok KIO z 08.03.2019 r. (KIO 282/19), w którym zaznaczono, że powierzenie określonego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę, gdy zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazał, że jego wolą jest, aby określone świadczenie było wykonane osobiście przez wykonawcę, stanowi niezgodność treści oferty z treścią dokumentów zamówienia polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia. Jeżeli więc wykonawca wskazuje w formularzu ofertowym na zamiar powierzenia wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania podwykonawcy, treść oferty staje się niezgodna z treścią SWZ. W wyroku KIO z dnia 1 października 2019 r. (KIO 1816/19, opubl. w: Legalis) wskazano też, że „W sytuacji, gdy zamawiający w s.i.w.z. zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych części zamówienia lub prac, to treść oświadczenia wykonawcy, złożona w ofercie wykonawcy stanowi jej merytoryczną zawartość, skutkującą koniecznością badania przez zamawiającego pod kątem zgodności z s.i.w.z. i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Okoliczność taka wynika bowiem z faktu, iż skoro zamawiający wymaga (zastrzega) wykonania prac wyłącznie przez wykonawcę składającego ofertę, to wskazanie w ofercie (dla zastrzeżonego zakresu) podwykonawcy, skutkuje twierdzeniem o sprzeczności treści oferty z s.i.w.z. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający nie zastrzega osobistego świadczenia realizacji zamówienia w zakresie kluczowych części zamówienia lub prac, albowiem w tej sytuacji mamy do czynienia jedynie z oświadczeniem technicznym, formalnym”.

Należy więc odróżnić sytuacje, w której wykonawca zobligowany jest do wskazania, w jakim zakresie przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podwykonawcę od

sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o wspólne wykonanie zamówienia (czy to w ramach konsorcjum, czy spółki cywilnej) są zobligowani przez zamawiającego do wskazania zakresu zamówienia realizacji przez każdego z nich.

Z tej perspektywy należy wspomnieć, że w niniejszym postępowaniu w pkt 13. 4. SWZ (pt. „Informacja dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółki cywilne/konsorcja)”) wskazano, że: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy (zgodnie z Załącznikiem nr 9 do SWZ).”

Zdaniem Zamawiającego nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że wskazany przez Konsorcjum zakres zamówienia, który będzie realizowany przez każdego z jego członków ma - jak to podnosi Odwołujący - charakter pozorny.

Wziąwszy pod uwagę, że Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, co powoduje możliwość skorzystania przez wykonawcę (w tym przypadku Konsorcjum) z podwykonawców w każdym zakresie przedmiotu zamówienia (a więc zarówno na którejkolwiek z pływalni sezonowych, na którymkolwiek kąpielisku lub na którejkolwiek przystani) to tym bardziej w każdym zakresie zamówienia, które ma zrealizować Konsorcjum należy przyjąć, że może być on (de facto w całości) wykonany wspólnymi staraniami członków tego Konsorcjum. Wskazany w tabelach oświadczenia stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ (i oferty Konsorcjum) sposób wykazania zakresu

zamówienia realizowanego przez poszczególnych wykonawców (członków Konsorcjum) prowadzi jedynie do wniosku, że przy wykonaniu każdej z części tego zamówienia zamierzają współdziałać członkowie tego Konsorcjum.

Dla Zamawiającego jest to tym bardziej zrozumiałe, że przewidziana w art. 445 ust. 1 P.z.p. odpowiedzialność solidarna wykonawców, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ma charakter odpowiedzialności solidarnej dłużników w rozumieniu art. 366 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny. W świetle tego przepisu wierzyciel (zamawiający) może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani do świadczenia.

Złożenie więc w ramach niniejszego postępowania oferty przez Konsorcjum - mówiąc wprost - tylko poprawia sytuację Zamawiającego z ww. perspektywy, gdyż może on się domagać realizacji całości zamówienia od każdego z członków Konsorcjum i dlatego oceniając złożone przez Konsorcjum oświadczenie o zakresie realizacji zamówienia przez każdego z członków Konsorcjum należy uznać, że zostało ono złożone prawidłowo (zgodnie z istotą umów tego rodzaju, które wprowadzają wspólną realizację zamówienia), a udziału każdego z członków Konsorcjum w przewidywanej

realizacji zamówienia nie można uznać za fikcyjny.

Co więcej, nadmienić, że - na tym etapie postępowania - zgodnie z art. 59 P.z.p., jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego została wybrana, zamawiający może żądać dopiero przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Jak wskazuje się w opracowaniach dotyczących zasad zamówień publicznych: „żądanie umowy zawartej między wykonawcami na wcześniejszym etapie nie jest dopuszczalne (vide: Kontrola UZP z dnia 6 października 2016 r., KD/51/16, niepubl.). Tym bardziej więc należy również odróżnić obowiązek złożenia przez konsorcjantów oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 P.z.p. od obowiązku złożenia na żądanie zamawiającego kopii umowy konsorcjalnej, który to obowiązek aktualizuje się dopiero na etapie następującym po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tej perspektywy istotne jest, że to dopiero w umowie konsorcjum przedstawia szczegółowo, w jakim zakresie dany członek konsorcjum będzie wykonywał zamówienie (vide: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 r., KIO 3795/21, opubl. w: Legalis).

Do tego czasu - zdaniem Zamawiającego - za zgodne z przepisami P.z.p. należy uznać wskazanie zakresu zamówienia realizowanego przez poszczególnych członków Konsorcjum (tak, jak zrobiono to w niniejszym postępowaniu) za prawidłowe. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, że ewentualna realizacja umowy na świadczenie usług przez ratowników wodnych na terenie obiektów Zamawiającego będzie następowała nie tylko w zależności od pierwotnych ustaleń członków Konsorcjum, ale także w związku z bieżącymi potrzebami (wynikającymi także z sytuacji losowych - np. choroby ratowników). Pamiętać bowiem należy, że przedmiotowe zamówienie polega na świadczeniu usług ratowniczych przez osoby posiadające konkretne (ratownicze) uprawnienia i realizacja tych usług przez członków Konsorcjum - co do zasady - opierać się winna na ich wspólnym świadczeniu przez osoby zatrudniane przez te podmioty, a - jak wskazano na wstępie - członkowie Konsorcjum winni być traktowani jak jeden wykonawca.

W dniu 25.04.2023 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe zostało podpisane tak jak przystąpienie.

1. Przystępujący podnosił, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej wykonawcy był dla Przystępującego jednoznaczny i zrozumiały. Zgodnie z warunkiem wykonawca zobowiązany był wykazać wykonanie co najmniej jednej usługi w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN. Sformułowanie "na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku" oznacza, że

wykonawca musi posiadać doświadczenie w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na co najmniej jednym z tych trzech rodzajów miejsc. Innymi słowy, aby spełnić postawione w SWZ wymaganie, wykonawca musi mieć doświadczenie zdobyte na co najmniej jednym z wymienionych miejsc - może to być pływalnia otwarta, przystań wodna lub kąpielisko.

2. Przystępujący przypominał, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oznacza to, że wykonawca musi mieć wiedzę i doświadczenie w dziedzinie ratownictwa wodnego i wykazać, że wykonywał w przeszłości podobne, nie zaś identyczne z przedmiotem obecnego zamówienia, zadania.

3. Stosując zasady interpunkcji oraz logiki przy wykładni sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wskazać należy, że sformułowanie "i/lub" oddziela trzy elementy: "pływalnię otwartą", "przystań wodną" i "kąpielisko". Użycie wyłącznie spójnika "i" oznaczałoby, że wymóg obejmuje wszystkie trzy elementy, natomiast spójnik "lub" powoduje, że wymóg dotyczy przynajmniej jednego z tych elementów.

W konsekwencji, sformułowanie "lub" odnosi się do całego wyrażenia "na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku", a nie tylko do bezpośrednio poprzedzającego je elementu "przystani wodnej".

4. Odnosząc się do pytania przywołanego przez Odwołującego na stronach 6-7 odwołania Przystępujący wskazuje, że przedmiotowe pytanie dotyczyło kwestii możliwości sumowania usług w zakresie ich wartości, o

czym świadczy postulowane przez wykonawcę zadającego pytanie brzmienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący usiłuje jednak fakt skierowania tego pytania i podtrzymania przez Zamawiającego zapisów SWZ zinterpretować na swoją korzyść, co pozostaje mylne i nieuprawnione.

5. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że Odwołujący prowadzi narrację w kierunku zbudowania na obecnym etapie postępowania warunku udziału w postępowaniu - jak sam wskazał w odwołaniu - bardzo restrykcyjnego i unikalnego, a w efekcie podejmuje próbę doprowadzenia do nieuprawnionego monopolu postępowania przetargowego. W niniejszym postępowaniu zostały złożone bowiem jedynie dwie oferty, przy czym cena oferty Odwołującego jest o ponad 35% wyższa od ceny oferty Przystępującego i jednocześnie przekracza budżet Zamawiającego przeznaczony na sfinansowanie zamówienia.

Przyjęcie wykładni warunku udziału forsowanej przez Odwołującego doprowadziłoby do sytuacji, w której Odwołujący byłby jedynym podmiotem spełniającym tak wyśrubowane, jak wskazuje Odwołujący, wymagania co do zdolności zawodowej wykonawcy. Tymczasem Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia musi być otwarty na

udział wykonawców, którzy mają wystarczające doświadczenie i kompetencje do realizacji podobnych przedsięwzięć i chcą je realizować. Interpretacja dokonana przez Odwołującego stanowiłaby ograniczenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, tym samym pozbawiając Zamawiającego szansy na uzyskanie najlepszej jakości usług w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację danej inwestycji oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Innymi słowy, interpretacja warunku przyjęta w odwołaniu ograniczyłaby krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia poprzez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotów zdolnych do świadczenia określonych usług, a w konsekwencji prowadziłaby de facto do wyłączenia konkurencji.

6. Jedynie z ostrożności, w świetle odmiennej wykładni warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego (a także przystępującego wykonawcy) oraz Odwołującego, wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych wszelkie ewentualne niejednoznaczności SWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, nie mogą go obciążać i wywoływać negatywnych skutków, w szczególności przejawiających się odrzuceniem oferty.

7. W zakresie zarzutu dotyczącego prawidłowości oświadczeń złożonych przez Przystępującego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Przystępujący informuje, że do przedmiotowego zarzutu odniesie się bezpośrednio w toku rozprawy przed Izbą.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert w wypadku potwierdzenie się zarzutów miał szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, załącznika nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), wykazu usług (załącznik nr 6 do SWZ), wzoru umowy z załącznikami (załącznik nr 7 do

SWZ), wzoru oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp (załącznik nr 9 do SWZ), odpowiedzi na pytania – pisma z 24.03.2023 r., formularza ofertowego, tj. oferty Przystępującego, Oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych – pisma z 05.04.2023 r., odpowiedzi na wezwanie także z 05.04.2023 r. wraz z załącznikami, m.in. wykazem usług oraz innym dokumentem sporządzonym przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 07.04.2023 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu 1. Przy czym, zarzut 2 miał charakter ewentualny i jego rozpatrywanie było uzależnione od oddalenia zarzutu 1, co nie miało miejsca.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. naruszenie art. 128 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia w sytuacji, gdy z treści złożonych przez wykonawcę w toku postępowania dokumentów nie wynika, że wykonawca wykazał spełnienie warunku,
2. naruszenie art. 128 ust 1 Pzp w zw. z art. 117 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 Pzp w

sytuacji gdy złożone w postępowaniu nie potwierdza, że podmiot spełniający warunek udziału w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji usług, faktycznie wykona zamówienie w zakresie dla którego te zdolności są wymagane -w przypadku oddalenia zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia,

co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i wadliwą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, w tym także postanowienia pkt 10.1.4.1 SWZ (w pkt 10 SWZ pt. „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu”): „Warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000,00 PLN.”. Z kolei w ppkt 2) uwag do ww. informacji SWZ wskazano, że: „W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia lub polegania na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w/w warunek oceniany będzie łącznie.”.

Natomiast, w pkt 11.5.2 SWZ (w pkt. 11 pt. „Informacja o podmiotowych środkach dowodowych żądanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania podstaw wykluczenia”) stwierdzono, że na potwierdzenie warunku z pkt 10.1.4.1 SWZ konieczne jest złożenie: „Wykaz usług (wg wzoru - Załącznik nr 6 do SWZ) wykonanych 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 usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa są: > referencje > bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, > a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy Uwaga:

1. Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt 11.5.2, dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.”. Nadto, w pkt 13.4. SWZ (pt. „Informacja dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółki cywilne/konsorcja)”) wskazano też, że: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy (zgodnie z Załącznikiem nr 9 do SWZ).”.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Przedmiotem sporu jest spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Należało zgodnie z pkt 10.1.4.1

SWZ wykazać się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej usługi w zakresie ochrony ratownictwa wodnego na pływalni otwartej, przystani wodnej i/lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000 PLN. Na potwierdzenie spełniania tego warunku składało się wykaz usług, tj. Wykaz usług (wg wzoru -Załącznik nr 6 do SWZ) wykonanych 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 usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa są: > referencje > bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, >a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy

Uwaga: 1. Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt 11.5.2, dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

W ocenie Izby, trafne jest stanowisko Odwołującego, w celu potwierdzenia oczekiwanego doświadczenia należało wykazać się realizacją referencyjną w ramach jednego kontraktu o wartości brutto nie mniejszej niż 550 000 na pływalni otwartej (element konieczny) i jednocześnie na przystani wodnej i/lub kąpielisku. Nie było intencją Zamawiającego, aby po sformułowaniu „pływalni otwartej” umieścić spójnik „lub” razem ze sformułowaniem „przystani wodnej”. Inaczej mówiąc nie było celem Zamawiającego umieszczać spójnik „lub” między pierwszą i drugą częścią warunku, ale jedynie między drugą i trzecią częścią tego warunku. Przy czym, niezbędnym elementem tego warunku była „pływalnia otwarta”. Samodzielność sformułowania „pływalnia otwarta” nie budzi wątpliwości, świadczy o tym przedzielenie tego sformułowania przecinkiem. Odnośnie zaś drugiej i trzeciej części warunku oznacza, że funktor alternatywy odnosi się wyłącznie do drugiej i trzeciego elementu warunku.

Jednocześnie, należy zgodzić się, że za tą interpretacją świadczy sformułowanie „w ramach jednego kontraktu” w

przeciwnym wypadku byłby to element zbędny. Tylko bowiem sposób rozumienia przedstawiony powyżej czyni dodatek „w ramach jednego kontraktu” celowym. W innym wypadku byłaby to nieuzasadniona tautologia. Trzeba też przyznać racje Odwołującemu, że stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony uznawał za właściwe sformułowanie „na pływalni otwartej i przystani wodnej i kąpielisku w ramach jednego kontraktu”, czyli konieczne byłoby wykazać się trzema obiektami, z drugiej strony uznawał także sformułowanie „na pływalni otwartej lub przystani wodnej lub kąpielisku w ramach jednego kontraktu”, czyli wystarczającym byłby tylko jeden obiekt.

Dodatkowo, za sformulowaniem i rozumieniem Odwołującego świadczy podział zamówienia w załączniku nr 1 do SWZ (OPZ), na str. od 1 do 5 Zamawiający opisuje pływalnie sezonowe, zaś na str. od 6 do 13 łącznie opisuje kąpieliska i przystanie. Niniejszy podział jest zbieżny z warunkiem udziału w postępowaniu z pkt 10.1.4.1 SWZ i prawdziwymi intencjami Zamawiającego.

W konsekwencji Przystępujący nie wykazał spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu z pkt 10.1.4.1 SWZ, gdyż wykazane zadanie referencyjne w złożonym wykazie usług dotyczy jedynie kąpieliska i nie obejmuje koniecznej zgodnie z warunkiem pływalni otwartej. W rezultacie konieczne jest wezwanie Przystępującego, jak w sentencji, do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec potwierdzenia się zarzutu głównego i jego uwzględnienia, Izba nie rozpoznawała zarzutu drugiego, który miał charakter ewentualny. Zgodnie bowiem z wyraźną dyspozycją ze strony 3 petitum odwołania: „w przypadku oddalenia zarzutu dotyczącego nie wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia”.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 7 500,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: