Sygn. akt: KIO 1189/23

WYROK

z dnia 12 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Słupsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Trzy Fale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Słupsku i:

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

2.2. zasądza od odwołującego Słupskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia

Ratunkowego z siedzibą w Słupsku na rzecz zamawiającego Trzy Fale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku kwotę 3 794 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 1189/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Trzy Fale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług ratownictwa wodnego" (nr ref. 1/3F/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/S 015-038281. 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 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. wykonawca Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Słupsku (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 17 ust. 2 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez błędne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji spełniania przez Odwołującego wszystkich warunków udziału w postępowaniu i niewadliwego złożenia oferty najkorzystniejszej wedle kryteriów oceny przyjętych przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej;

2. art. 239 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której Odwołujący został wybrany zgodnie z przepisami ustawy i nie ujawniły się okoliczności uzasadniające konieczność ponownego badania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 18 kwietnia 2023 r. oraz nakazanie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia dalej w oparciu o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2023 r.

Odwołujący na wstępie uzasadnienia opisał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2023r. Odwołujący wskazał, iż brak było podstaw faktycznych i prawnych do dokonania zaskarżonej czynności w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia wszelkie warunki stawiane przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, a w sytuacji stwierdzenia braku podmiotowych środków dowodowych bądź innych dokumentów i oświadczeń potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był obligatoryjnie wezwać odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp do ich uzupełnienia, poprawienia, względnie złożenia dodatkowych wyjaśnień, co też zamawiający uczynił w dniu 10 marca 2023 r. Na które to wezwanie odwołujący odpowiedział w dniu 13

marca 2023r. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią art. 128 ust 1 Pzp Zamawiający ma obowiązek jeden raz wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia JEDZ, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, jeśli dokumenty te nie zostały złożone, są błędne lub niekompletne. Ustawodawca w ten sposób daje wykonawcy szansę na sanowanie braków lub błędów w dokumentach. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu bądź istnienia wobec niego podstaw wykluczenia, jeśli uprzednio nie zastosował art. 128 ustawy Pzp. Sytuacja, w której dokumenty zawierają błędy, zachodzi w szczególności, gdy przedstawione w nich informacje nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący w odpowiedzi wskazał, iż przy sporządzaniu JEDZ doszło do błędu, w wyniku którego Odwołujący błędnie zaznaczył odpowiedź NIE na pytanie „czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innymi wykonawcami" podczas gdy prawidłowa odpowiedź winna brzmieć TAK, nadto Odwołujący poprawił błędnie złożony JEDZ, złożył również JEDZ podmiotu użyczającego doświadczenie WWOPR, wymagane w takim przypadku zobowiązanie podmiotu użyczającego WWOPR. Wobec powyższego unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty dokonane przez zamawiającego było bezpodstawne.

Odwołujący następnie powołał się na orzecznictwo Izby dotyczące art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podkreślając, iż zgodnie z ustawą Pzp poprawił błędnie złożony JEDZ, złożył również JEDZ podmiotu użyczającego doświadczenie WWOPR, wymagane w takim przypadku zobowiązanie podmiotu użyczającego WWOPR. Dalej Odwołujący wskazał na art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, w którym określono, iż wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, aktualne na dzień ich złożenia. Ustawodawca wyznaczył kierunek rozumienia aktualności podmiotowych środków dowodowych i uznaje za aktualne podmiotowe środki dowodowe potwierdzające stan nie późniejszy niż dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie. Odwołujący zgodnie z ustawą Pzp złożył podmiotowe środki dowodowe, które potwierdziły spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt 7.2.4 a) SWZ tj. warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego. Podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie zamawiającego powinny być aktualne w dniu ich złożenia. W związku z tym należy uznać, iż mogą one być wystawione po dacie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że środki te powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia na dzień

złożenia oferty lub wniosku, i stan ten powinien być utrzymywany w dniu złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie (jak również przez całe postępowanie o zamówienie publiczne). Wykonawca składa wpierw oświadczenie w formie JEDZ, w którym potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Składane następnie podmiotowe środki dowodowe powinny potwierdzać ten stan rzeczy, jednak data ich wystawienia może być późniejsza niż data składanie ofert lub wniosków. W ocenie Odwołującego błędne jest stanowisko Zamawiającego, że usunięcie błędów przez odwołującego nastąpiło dopiero po terminie składania ofert, co jest niezgodne z art. 123 ustawy Pzp. Uznać zatem należy, iż Odwołujący spełnił warunek określony w pkt 7.2.4 a) SWZ warunek ten został wykazany i nie istnieją podstawy do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania. Tym samym decyzja Zamawiającego o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej jest nieprawidłowa, gdyż nie zachodziły przesłanki uzasadniające dokonanie autokorekty własnej decyzji.

Odwołujący stwierdził, iż w stanie faktycznym tej sprawy od czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przysługuje odwołanie na podstawie art. 513 ustawy Pzp z którego to prawa Odwołujący korzysta. Dostrzeżenia wymaga też, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp, jakkolwiek nie dają wprost podstaw do „korygowania czynności" przez zamawiającego, to w celu wyeliminowania wadliwych czynności, z uwagi na istotę prowadzonych postępowań, niewątpliwie takie działanie zamawiającego zmierzające do respektowania prawa jest prawidłowe, nie mniej jednak Rewizji czynności w postępowaniu z zamówienia publicznego, dokonuje Krajowa Izba Odwoławcza, Sąd Okręgowy w Warszawie, czy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Możliwość rewizji niektórych czynności przez zamawiającego jest racjonalnie dopuszczalna ale podlega kontroli, na takich samych zasadach jak kontroli podlega sama czynność pozytywna lub zaniechanie tej czynności. Odwołanie w takim przypadku jest dopuszczalne, a podstawa znajduje się właśnie w przepisie art. 513 pkt. 1 ustawy Pzp, gdyż chodzi o czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w ramach swojej kontroli nie ma dowolności, a ma powinność czynności w zgodzie z obowiązującymi przepisami. W przeciwnym razie dopuszczalne byłoby dowolne rewidowanie własnych czynności Zamawiającego nawet zgodnych z prawem i utrwalanie stanu niepewności uczestników w zależności od dowolnych okoliczności. Odwołujący podkreślił, że celem postępowania jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym unieważnienie czynności, która ten cel spełnia stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości oraz uczciwej konkurencji oraz zasadą obiektywizmu i legalizmu określonymi w art. 16 i 17 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził ponadto, iż o ile Zamawiający ma prawo korygować

czynności dokonane przez siebie w postępowaniu jako jego gospodarz, czynności te winny czynić zadość zasadom uczciwej konkurencji. Żaden z konkurujących z Odwołującym wykonawców nie kontestował zasadności i zgodności z prawem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego unieważnienie wyboru oraz doprowadzenie do ponownego badania ofert i w konsekwencji „nowego" wyboru powoduje nieproporcjonalne i nieprzejrzyste rozszerzenie uprawnień wykonawców, którzy pomimo faktu, że nie kwestionowali czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2023r. wskutek dopuszczenia możliwości ponowienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty otrzymają nowe uprawnienie do kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze środków ochrony prawnej, dla których termin będzie płynął od dokonania nowego wyboru. Ponieważ uprawnienia do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej przysługują wykonawcom, których oferty zostały ocenione niżej niż oferta najkorzystniejsza, kwestionowana czynności w sposób nieuzasadniony zasadami proporcjonalności wzmacnia pozycję innych wykonawców biorących udział w postępowaniu względem Odwołującego. Zamawiający musi działać z poszanowaniem wynikających z treści art. 16 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący wskazał także, iż zmiana JEDZ dotyczyła domniemanego wykonania czynności przez inny podmiot, gdy z kolei Odwołujący jest w stanie wykonać samodzielnie, a w wyniku wymagań wskazanych w zamówieniu korzysta jedynie z doświadczenia WWOPR. Zmiana JEDZ w związku z powyższym była wręcz marginalna i dotyczyła przywołanych w odwołaniu i wcześniejszych wyjaśnieniach okoliczności. Odwołujący podniósł, iż uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty będzie skutkować tym, że zamówienie zostanie udzielone zgodnie z przepisami ustawy i bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji

Zamawiający w dniu 8 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający opisał szczegółowo przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, przedstawił stanowisko zbieżne z wyrażonym w uzasadnieniu czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przywołał orzecznictwo odnoszące się do art. 123 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba uznała, iż wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, która włączona została w akta sprawy odwoławczej, zgodnie z § 8 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453). Izba dopuściła i przeprowadziła również dowód z załączonej do odpowiedzi na odwołanie korespondencji mailowej od wykonawcy Fundacja Wodnej Służby Ratowniczej z dnia 5 kwietnia 2023 r. na okoliczności wynikające z treści tego dokumentu.

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ratownictwa wodnego w Parku Wodnym Trzy Fale w Słupsku, przy ul. Grunwaldzkiej 8a. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 8 do SWZ.

Zgodnie z pkt. 7.2.4 lit. a) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wskazał, iż warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje: - świadczenie 2 usług w zakresie ratownictwa wodnego osób przebywających na terenie pływalni krytej, trwających nie krócej niż 10 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł (słownie: sześćset tysięcy złotych 00/100) brutto zrealizowanej każdej usługi lub

- świadczenie 1 usługi w zakresie ratownictwa wodnego osób przebywających na terenie pływalni krytej, trwających nie krócej niż 10 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł (słownie: sześćset tysięcy złotych 00/100) brutto zrealizowanej usługi oraz 2 usługi w zakresie ratownictwa wodnego osób przebywających na terenie pływalni krytej, trwających nie krócej niż 10 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100) brutto zrealizowanej każdej usługi.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług 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 lub są wykonywane należycie (pkt 9.15.5 SWZ), składanego na wezwanie przez wykonawcę, 6

którego oferta została najwyżej oceniona.

Zamawiający w pkt 11 SWZ określił zasady polegania na zasobach innych podmiotów, w tym obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentu JEDZ dla takiego podmiotu oraz zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ (por. pkt 11.3 i 11.4 SWZ). Ponadto w pkt 11.8 SWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W postępowaniu złożono cztery oferty, z których oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo.

Odwołujący w pkt 6 formularza ofertowego oświadczył, iż zamówienie wykona sam (bez udziału podwykonawców). W załączonym do oferty dokumencie JEDZ Odwołujący w Części II lit. C na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji (…)" udzielił odpowiedzi „Nie". Do oferty nie dołączono zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w SWZ. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt.7.2.4 lit. a) dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej przedłożył wykaz usług wraz z referencjami, w którym wskazano dwie usługi o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto zrealizowane przez Odwołującego oraz usługę o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł brutto realizowaną przez Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe (poz. 2 wykazu - usługa organizacji i prowadzenia ratownictwa wodnego na rzecz Zespołu Basenów Rekreacyjnych w Redzie Sp. z o. o.).

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych podmiotowych środków dowodowych – a konkretnie dotyczących podstawy prawnej powoływania się na wykonanie ww. usługi (realizowanej przez Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe) w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt. 7.2.4 a) SWZ. Odwołujący w odpowiedzi wyjaśnił: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt. 7.2.4 a) SWZ skorzystał z art. 118 ustawy prawo zamówień publicznych. Ponadto w związku z wezwaniem zamawiającego przedkładam poprawiony dokument jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, który części II, pkt. A, pierwotnie zawierał

błędne zaznaczenie odp. na pytanie Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?, gdzie prawidłową odpowiedzią winna być odp. „TAK". Wyżej oznaczony błąd wyniknął z omyłkowego zaznaczenia odpowiedzi „NIE", a która to odpowiedź jest oczywistą omyłką pisarską, która w związku z przedłożonymi dokumentami jawi się jako konieczna do sprostowania przez wykonawcę, poprawa oczywistej omyłki pisarskiej nie spowoduje jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a min. w związku z zasadą pisemności wynikającą z art. 20 ustawy prawo zamówień publicznych koniecznym jest dokonanie stosownej poprawki na piśmie, bacząc przy tym, iż zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów. Wskazać należy, iż przedłożone dokumenty (i daty ich sporządzenia) świadczą, iż wykonawca od momentu przystąpienia do postępowania miał zamiar skorzystać z podmiotu udostępniającego zasoby, gdyż bez tego oczywistym jest, iż nie mógłby z przyczyn formalnych brać udziału w postępowaniu." Do pisma Odwołujący załączył zobowiązanie Wejherowskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego z siedzibą w Wejherowie do udostępnienia zasobów, JEDZ ww. podmiotu oraz poprawiony własny JEDZ, w którym w odpowiedzi na pytanie w Części II lit. C udzielił odpowiedzi „Tak".

Zamawiający pismem z dnia 21 marca 2023 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynność ta została zaskarżona odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza, w którym zarzucono m.in. naruszenie przez Zamawiającego art. art. 123 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie i uznanie za skuteczne po upływie terminu złożenia oferty przez Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, powołanie się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, w sytuacji gdy na etapie składania ofert podmiot ten nie polegał w danym zakresie na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby. Odwołanie to zostało wycofane, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 13 marca 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 957/23.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2023 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż w wyniku ww. odwołania dokonał ponownej weryfikacji treści oferty Odwołującego, w wyniku której ustalono: „1) W dniu 10 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Słupsku do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu wykonanych usług, a mianowicie do określenia roli w jakiej występuje Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe (WWOPR) w przedmiotowym postępowaniu, którego to doświadczenie zostało przedstawione w w/w wykazie. W odpowiedzi ww. Wykonawca wskazał, iż Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie

Ratunkowe, występuje w postępowaniu w roli podmiotu udostępniającego zasób dotyczący doświadczenia. Jednocześnie ww. Wykonawca oświadczył, iż dokonało błędnego wskazania w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, jakoby nie polegano na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia. Do wyjaśnień załączono poprawiony formularz JEDZ dla SWOPR, w którym dokonano zmiany w zakresie pkt. dotyczącego polegania na doświadczeniu zasobu trzeciego poprzez wpisanie odpowiedzi TAK. Załączono również dokument JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, których wystawcą jest Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe; 2) Natomiast w złożonym w terminie składania ofert formularzu oferty oraz formularzu JEDZ, Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Słupsku oświadczyło, iż powyższe zamówienie wykona samodzielnie oraz że samodzielnie spełnia określone w SWZ warunki udziału w postępowaniu. Dopiero w wyniku przedmiotowego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych usług, przedstawiono poprawiony JEDZ oraz załączono dokumenty WWOPR, potwierdzające iż podmiot ten udostępni wskazane w wykazie wykonanych usług doświadczenie. Nastąpiło to jednakże dopiero po terminie składania ofert, co jest niezgodne z art. 123 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zgodnie z którym „Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby." W związku z powyższym, wobec faktu, że Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Słupsku po upływie

terminu na składanie ofert nie może powoływać się doświadczenie Wejherowskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego z siedzibą w Wejherowie, to nie można również uznać wskazanej w wykazie usługi dla Zespołu Basenów Rekreacyjnych w Redzie w zakresie wykazania spełniania warunku doświadczenia wymaganego w pkt. 7.2.4 SWZ. W konsekwencji uprzednią czynność z dnia 21 marca 2023 r. tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, na postawie art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2, art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4, art. 116 ust. 1 i 2 oraz art. 123 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) - należało unieważnić jako naruszającą wskazane przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych."

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 18 kwietnia 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie zawodowe, określone w pkt 7.2.4. lit. a SWZ. W uzasadnieniu Zamawiający przywołał argumentację analogiczną jak w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał ponadto,

iż wzywa Odwołującego do uzupełnienie wykazu wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego wymaganego pkt. 7.2.4 lit. a SWZ, zgodnie z którym warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje co najmniej 2 (dwie) usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia i udokumentuje należyte ich wykonanie. Za usługę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia Zamawiający uzna następującą usługę (jednorazową lub sukcesywną - w ramach jednego kontraktu/umowy) - świadczenie usług w zakresie ratownictwa wodnego osób przebywających na terenie pływalni krytej, trwających nie krócej niż 10 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł (słownie: sześćset tysięcy złotych 00/100) brutto zrealizowanej każdej usługi. Zamawiający wskazał, iż wymagane dokumenty w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym należy złożyć do dnia 21 kwietnia 2023 r. do godziny 10:00, za pośrednictwem platformy na której prowadzone jest postępowanie.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 21 kwietnia 2023 r. wskazał, iż Zamawiający zgodnie z art. 128 ustawy Pzp dokonał wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia JEDZ, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń. Odwołujący zgodnie z wezwaniem uzupełnił i poprawił w wyznaczonym terminie przedłożone pierwotnie dokumenty, co wobec powyższego uznać należy za prawidłowe, a wezwanie Zamawiającego uznać należy za nieprawidłowe. Odwołujący wskazał też, że w dniu 11 kwietnia 2023 odwołująca się od pierwotnej decyzji Fundacja cofnęła swoje odwołanie co stanowi, iż w dniu 11 kwietnia 2023 roku prawomocne stało się wybranie Odwołującego jako wykonawcy zadania, Zamawiający nie mógł unieważnić pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty. W załączeniu Odwołujący złożył jeszcze raz uzupełniony wykaz usług. Jednocześnie Odwołujący nadmienił, że w wezwaniu istnieje nieprawidłowość i niezgodność z SWZ dotycząca potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 17 ust. 2 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez błędne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w sytuacji spełniania przez Odwołującego wszystkich warunków udziału w postępowaniu i niewadliwego złożenia oferty 10

najkorzystniejszej wedle kryteriów oceny przyjętych przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej oraz naruszenia art. 239 i art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której Odwołujący został wybrany zgodnie z przepisami ustawy i nie ujawniły się okoliczności uzasadniające konieczność ponownego badania ofert, Iza uznała za bezzasadne.

Przywołując treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z kolei art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba stwierdziła, iż w okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy nie było podstaw do uznania, że czynność Zamawiającego, polegająca na unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, naruszała ww. przepisy ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający każdorazowo jest uprawniony do dokonywania autokontroli podejmowanych czynności, jeśli dopatrzy się nieprawidłowości w swoim działaniu, czy też poweźmie wątpliwości co do zgodności podjętych działań z przepisami ustawy Pzp. Co więcej, w takim przypadku Zamawiający jest nie tyle uprawniony, co wręcz zobowiązany do unieważnienia określonej czynności i jej powtórzenia. Priorytetem jest bowiem to, aby postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a Zamawiający ma obowiązek dochować należytej staranności, aby cel ten zrealizować (podobnie m.in. Izba w wyroku z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt KIO 2541/22). Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże, że podjęta przez niego czynność, w

tym wypadku czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, obarczona jest wadą, to mimo, iż wcześniej uznał wybraną ofertę za prawidłową, jego obowiązkiem jest unieważnienie wadliwej czynności. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, w jaki sposób Zamawiający dowiedział się o wadach tej czynności – czy w oparciu o własne działania, czy na skutek wniesienia odwołania przez jednego z wykonawców. Nie ma także znaczenia to, że ocena zgodności tej czynności z przepisami ustawy Pzp nie była dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zasada legalizmu wyrażona w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wprost wskazuje, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie zasługuje zatem na aprobatę stanowisko Odwołującego wskazujące, że Zamawiający

nieprawidłowo unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy odwołanie wobec tej czynności zostało wycofane i żaden z wykonawców czynności tej nie kwestionował. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby uznać że brak zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ustawowym terminie jest równoznaczny z zalegalizowaniem tej czynności, nawet jeśli jest ona niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Stanowisko takie stoi w sprzeczności z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto środki ochrony prawnej nie są jedynym narzędziem weryfikacji zgodności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp. Działania Zamawiającego podlegać mogą m.in. kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający odpowiada też za ewentualne naruszenia dyscypliny finansów publicznych, dlatego winien on w najwyższym stopniu dbać o to, by jego działania nie uchybiały przepisom.

Już tylko powyższe przesądza o tym, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia procesu badania i oceny ofert. Biorąc pod uwagę, że zasadniczym celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość instytucji zamawiającej, autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i w pełni uzasadniona. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której pomimo wiedzy Zamawiającego o określonych faktach czy nieprawidłowościach, umowa w sprawie zamówienia publicznego zostałaby zawarta z wykonawcą, którego oferta może być obarczona istotną wadą (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt KIO 2541/22, wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2605/14).

O bezzasadności zarzutów odwołania świadczy ponadto fakt, iż Odwołujący objął zakresem zaskarżenia jedynie czynność, która co prawda unieważniała wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, niemniej sama w sobie nie rodziła dla Odwołującego dalszych skutków rzutujących na losy jego oferty w postępowaniu. Samo unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przesądza o tym, jaki będzie wynik autokontroli czynności Zamawiającego, w tym jakie dalsze działania podejmie on w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy – czy wezwie go do wyjaśnień, do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, czy może odrzuci jego ofertę. Czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej umożliwia jedynie ponowne zbadanie i ocenę złożonych ofert, a efekt tego badania zależy od dalszych podjętych przez Zamawiającego czynności. W rozpoznawanej sprawie czynnością, która była kluczowa z perspektywy Odwołującego była czynność wezwania go pismem z dnia 18 kwietnia 2023 r. do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. To ta czynność materializowała stanowisko Zamawiającego, który uznał, że Odwołujący nie mógł w celu

wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu powołać się na zasoby podmiotu trzeciego i to ta czynność rodziła dla Odwołującego skutki prawne rzutujące na dalsze losy jego oferty w postępowaniu. Odwołujący jednakże zakresem zaskarżenia nie objął czynności wezwania go do uzupełnienia wykazu usług, a w treści odwołania, opisując przebieg postępowania, nawet nie wspomniano, że wezwanie takie miało miejsce. Jeżeli Odwołujący uważał, że złożone przez niego dotychczas podmiotowe środki dowodowe wykazywały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to właśnie czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych powinna być przedmiotem odwołania.

Ponadto Izba za chybioną uznała argumentację odwołania dotyczącą art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w tym kwestii uzupełniania podmiotowych środków dowodowych i aktualności dokumentów składanych na wezwanie. Argumentacja ta nie dotyka w ogóle istoty problemu. Powodem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następczo wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp było to, że na skutek udzielonych w trybie art. 128 ust. 4 wyjaśnień ujawniła się okoliczność, iż Odwołujący celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.4. lit. a SWZ powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego (Wejherowskiego WOPR), w sytuacji gdy zgodnie ze złożoną wraz z ofertą deklaracją zamierzał zrealizować zamówienie samodzielnie i nie zamierzał polegać na zasobach podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji nie ma znaczenia okoliczność, że łączne doświadczenie Odwołującego i ww. podmiotu spełniać mogło warunek udziału w postępowaniu, podobnie jak nie ma znaczenia okoliczność, że dokument JEDZ podmiotu trzeciego był aktualny na dzień złożenia – Odwołujący składając ofertę oświadczył, iż nie polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, a deklaracja ta była dla niego wiążąca. Tym samym nie mógł on na dalszym etapie postępowania powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego (Wejherowskiego WOPR) w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Zakaz taki wynika wprost z art. 123 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Zamawiający zwrócił na to uwagę także w pkt 11.8 SWZ. Nawet jeśli deklaracja złożona przez Odwołującego wraz z ofertą była wynikiem błędu, to wyłącznie Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje niedochowania należytej staranności podczas składania oferty. To wykonawca - jako podmiot profesjonalny – jest odpowiedzialny za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy Pzp złożenie

wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność.

Nie można przy tym zgodzić się z Odwołującym, że zmiana dokonana w JEDZ w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień (tj. zmiana oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego) miała charakter marginalny. Zmiana ta nie ma marginalnego znaczenia, stanowi ona niedopuszczalną zmianę treści oferty, co potwierdza m.in. wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie (EU:C:2017:338). Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozszerzony (por. m.in. wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 510/22). Deklaracja Odwołującego o tym, że zamówienie zrealizuje samodzielne i nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego wiąże go w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O nieprawidłowym rozumieniu przez Odwołującego instytucji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego świadczy również twierdzenie Odwołującego, iż jest on w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, a z doświadczenia podmiotu trzeciego korzysta jedynie w związku z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Izba wskazuje, iż ustalone w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu stanowią minimalne poziomy zdolności wymagane od wykonawców, mające gwarantować należytą realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jeśli Odwołujący twierdzi, że jest w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, to powinien wskazać w wykazie usług wyłącznie doświadczenie własne. Jeżeli zaś Odwołujący zamierzał korzystać z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po pierwsze powinien złożyć taką deklarację już na etapie składania ofert, po drugie zaś powinien mieć na uwadze art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W świetle tego przepisu Odwołujący powołując się na doświadczenie Wejherowskiego WOPR powinien więc zagwarantować realne uczestnictwo tego podmiotu w realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie twierdzić, że wykona je samodzielnie. Argumentacja Odwołującego jest zatem wewnętrznie sprzeczna.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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). Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania w całości, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 794 zł tytułem zwrotu poniesionych przez Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę, wskazanych w spisie kosztów i potwierdzonych rachunkami.

Przewodniczący: ……..……