Sygn. akt: KIO 4798/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Fabryka Wody sp. z o.o., ul. 1 Maja 41, 71-627 Szczecin,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. A. Mickiewicza 18, 70–384 Szczecinek,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) i pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4798/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Fabryka Wody sp. z o.o., ul. 1 Maja 41, 71-627 Szczecin, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług ratownictwa wodnego w obiekcie spółki Fabryka Wody Sp. z o.o. w Szczecinie, położonym przy ul. 1 Maja 41 w Szczecinie", numer: FW/ZM/34/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.11.2024 r., nr 2024/BZP 00586498/01.

W dniu 18.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu,
2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WOPRWZ, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu,
3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej: „uznk" i art. 14 ust. 1 uznk, a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WOPRWZ, pomimo że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom, niezgodnych z prawdą informacji w Wykazie osób złożonym Zamawiającemu w postępowaniu, wskazując że wskazany w tym Wykazie personel, za pomocą którego wykonawca spełnia warunek podmiotowy udziału w postępowaniu, jest rzekomo w dyspozycji Wykonawcy, w sytuacji, gdy złożone w tym Wykazie zapewnienia nie były zgodne z rzeczywistością, co ustalił Odwołujący i co jest wykazane za pomocą złożonych wraz z odwołaniem dowodów,

4)art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy WOPRWZ, pomimo że ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i dysponuje personelem wskazanym w Wykazie osób dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Jednym z kluczowych warunków podmiotowych udziału w postępowaniu był wymóg dotyczący dysponowania niezbędnym personelem spełniającym następujące warunki udziału we wskazanej minimalnej liczbie: (…)

- 1 osobą odpowiedzialną za kontrolę i nadzór prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, która będzie pełnić rolę Koordynatora,
- 29 osobami posiadającymi uprawnienia ratownika wodnego (…)

Co najmniej 6 z ww. osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, musi mieć doświadczenie na stanowisku ratownika wodnego w wymiarze co najmniej 3 lat. (…)

Zgodnie ze złożonym pierwotnie na wezwanie Zamawiającego Wykazem personelu – Załącznik nr 6 do SWZ Wykonawca WOPRWZ złożył Wykaz nie spełniający warunku udziału bowiem zawierający wyłącznie 6 osób (1 koordynator i 5 ratowników) przy warunku: 1 koordynator i 29 ratowników. (…)

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 12.12.2024 r. dokonał uzupełnienia Wykazu personelu poprzez wskazanie w jego treści 1 koordynatora oraz 31 ratowników. Zamawiający wykorzystał zatem wobec Wykonawcy tryb uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego dla wykazania spełniania warunku w zakresie dysponowania personelem spełniającym warunki udziału w postępowaniu. (…)

W ocenie Odwołującego w sytuacji wyczerpania dopuszczalnego trybu uzupełniania podmiotowych środków dowodowych dotyczących personelu wykonawcy uznać należy, że czynność Zamawiającego polegająca na konieczności odrzucenia oferty Odwołującego jest w pełni zasadna i konieczna. Wykonawca pomimo uzupełnienia Wykazu osób nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ponieważ poza faktem, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji co zostanie wykazane poniżej ponadto, nie dysponuje, mimo uzupełnienia Wykazu osób, wymaganą dla potrzeb spełnienia warunku udziału ilością osób spełniających warunki udziału jakie są określone w SWZ. (…)

Jak wynika z uzupełnionego Wykazu personelu – podmiotowy środek dowodowy zawiera dane 5 ratowników którzy nie dość, że nie mają wiedzy aby wykonawca wskazywał je jako osoby spełniające warunki udziału w postępowania i nie potwierdzające aby Wykonawca o taką zgodę się do nich w ogóle zwracał, to dodatkowo nie mające zamiaru realizacji zamówienia w przypadku jego uzyskania przez WOPRWZ, a dodatkowo wszyscy mają zawartą z Odwołującym umowę o zakazie konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że wskazani poniżej ratownicy nie mieli żadnej wiedzy że Wykonawca wskazuje ich jako osoby spełniające warunki i zamierzające wziąć udział w realizacji zamówienia w przypadku jego uzyskania:

K.M.(…) – poz. 27 w wykazie osób WOPRWZ
A.S.(…) – poz. 5 w wykazie osób WOPRWZ
R.S.(…) – poz. 4 w wykazie osób WOPRWZ
W.Ż.(…) – poz. 22 w wykazie osób WOPRWZ
J.B.(…) – poz. 14 w wykazie osób WOPRWZ

Po usunięciu 5 ratowników którymi Wykonawca nie może dysponować, Wykonawca nie spełnia warunku udziału bowiem wykazał w wyniku uzupełnienia Wykazu jedynie 31-5 ratowników – tj. 26 przy warunku min. 29.

W konsekwencji Wykonawca WOPRWZ nie spełnia warunku udziału w zakresie wymaganej ilości ratowników spełniających wymagania SWZ a zatem wobec wyczerpania trybu uzupełniania Wykazu osób jako podmiotowego środka dowodowego dla potrzeb spełnienia warunku granicznego udziału Wykonawca nie spełnia warunku udziału a zatem oferta przez niego złożona podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz c) Pzp: (…)

Odwołujący wskazuje, że Wykaz zawiera informacje nt rzekomo bezpośredniej (umowa cywilnoprawna) podstawy dysponowania wskazanym na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu personelem. (…) Tymczasem co wynika jednoznacznie z oświadczeń jakie złożyli wskazani powyżej w Wykazie WOPRWZ ratownicy, Wykonawca nie dysponował ani nie dysponuje wskazanym personelem a dodatkowo wskazane osoby nie przewidywały ani nie przewidują zamiaru udziału w realizacji przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia, co potwierdzają oświadczenia jakie złożyły wskazane osoby – Dowody nr 1-5 - załączniki do Odwołania.

Mając na względzie powyższe okoliczności, nie ulega wątpliwości, że ziściły się przesłanki wykluczenia Wykonawcy WOPRWZ z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 Pzp bowiem Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało bezpośredni wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia. (…)
Należy dodatkowo podkreślić, że w przypadku podania przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji brak byłoby możliwości uzupełnienia PSD w trybie art. 128 ust 1 Pzp w celu zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi. (…)

W ocenie Odwołującego mamy do czynienia z przypadkiem złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2022, poz. 1233, dalej „uznk") w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp. (…)
Sytuacja taka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do oświadczenia wiedzy wykonawcy odnośnie personelu jakim rzekomo dysponuje Wykonawca w celu spełnienia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, co skutkuje podstawą odrzucenia oferty. Oświadczenie wiedzy Wykonawcy zawiera informacje które, o ile byłyby prawdziwe, potwierdzałyby spełnienie warunku.
Dodatkowo Odwołujący wskazuje w kontekście powyższych twierdzeń, że poza oświadczeniami jakie złożono z odwołaniem w charakterze Dowodów 1-5 - w przypadku ratowników: A.S.(…), K.M.(…), R.S.(…), W.Ż.(…) i J.B.(…), na których potencjał powołuje się spełniając warunek udziału Wykonawca, Odwołujący ma także aktualne i zawarte ze wskazanymi osobami umowy o zakazie konkurencji – Dowody nr 6 – 10 – załączniki do odwołania."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy WOPRWZ jako dokonanej z naruszeniem ustawy Pzp,
2)wykluczenia wykonawcy WOPRWZ z postępowania i odrzucenia jego oferty (przy braku możliwości ponownego uzupełnienia Wykazu personelu jako podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp).

Pismem z dnia 23.12.2024 r. wykonawca Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego, ul. A. Mickiewicza 18, 70–384 Szczecinek (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 07.01.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ratownictwa wodnego w obiekcie spółki Fabryka Wody sp. z o.o. w Szczecinie.

Zamawiający przewidział w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W rozdziale V SWZ w punkcie 7.4.b) Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca dysponuje lub będzie dysponować na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia co najmniej:
- 1 osobą odpowiedzialną za kontrolę i nadzór prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, która pełnić będzie rolę Koordynatora,
- 29 osobami posiadającymi uprawnienia ratownika wodnego w rozumieniu ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych (Dz.U. z 2023 r. poz. 714 ze zm.).

Zamawiający zaznaczył, że nie można łączyć funkcji Koordynatora z funkcją ratownika, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dla potwierdzenia spełniania ww. warunku wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz osób na wzorze stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 22.11.2024 r. Złożono dwie oferty.

W dniu 02.12.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Przystępujący złożył m.in. wykaz osób, w którym wskazał 6 osób, tj. Koordynatora i 5 ratowników.

Pismem z dnia 10.12.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na to, że „*z treści przedłożonego przez Wykonawcę wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego (według wzoru, stanowiącego Załącznik Nr 6 do SWZ) nie wynika, iż Wykonawca dysponuje wymaganą przez Zamawiającego minimalną liczbą osób (1 koordynator + 29 ratowników) – łącznie z osobą wskazaną jako koordynator Wykonawca wykazał, iż dysponuje 6 osobami, które skieruje do realizacji zamówienia*".

W odpowiedzi Przystępujący złożył wykaz osób, w którym wskazał 32 osoby, tj. Koordynatora i 31 ratowników.

W dniu 13.12.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego

złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b)niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

W niniejszej sprawie należy przede wszystkim wskazać, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest m.in. wyłonienie wykonawcy, który jest w stanie zrealizować zamówienie na wymaganym przez zamawiającego poziomie jakościowym. Aby ten cel osiągnąć, konieczne jest m.in. właściwe opisanie warunków udziału w postępowaniu, za pomocą których zamawiający bada, czy dany wykonawca w ogóle ma zdolność (potencjał) do podjęcia się wykonania danego zamówienia. Przy czym należy podkreślić, że zamawiający, który opisze określone warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest następnie zbadać, czy wykonawca rzeczywiście je spełnia. Zamawiający dokonuje tego badania przede wszystkim w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wymienione w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), wśród których ustawodawca wskazał m.in. wykaz osób (§ 9 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia). Nie oznacza to jednak, że jeśli zamawiający otrzyma sygnał o wadliwości informacji zawartych w ww. podmiotowych środkach dowodowych, to może go całkowicie zignorować i nie podjąć działań w celu dalszego zbadania, czy wykonawca rzeczywiście spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ignorując informacje o niespełnieniu warunku przez danego wykonawcę czy o nieprawdziwości złożonych przez niego informacji, zamawiający nie tylko naraża się na wybór wykonawcy, który nie będzie zdolny do wykonania zamówienia, ale także narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę określoną w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zasadę udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu wymagał dysponowania Koordynatorem i 29 ratownikami. Po zastosowaniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący złożył wykaz osób, w którym wskazał 32 osoby, tj. Koordynatora i 31 ratowników. Jednakże Odwołujący dołączył do odwołania oświadczenia pięciu spośród ww. ratowników o następującej treści:

„Ja …….. PESEL: …… posiadający uprawnienia Ratownika Wodnego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych, informuję że na dzień złożenia przez Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego (NIP 955-15-07-219, REGON 000824907) oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania „Świadczenie usług ratownictwa wodnego na potrzeby obiektu Fabryki Wody przy ul.l Maja 41 w Szczecinie" sygn. FW/ZM/34/2024, nie byłem zainteresowany jakąkolwiek współpracą z Wodnym Ochotniczym Pogotowiem Ratunkowym Województwa Zachodniopomorskiego przy wykonaniu tej umowy, ani nie wyraziłem żadnej zgody na powołanie się w swej ofercie na moją osobę w wykazie osób.

Informuję, że powyższy stan nie uległ zmianie do dnia sporządzenia niniejszego oświadczenia, a w szczególności nie łączy mnie z Wodnym Ochotniczym Pogotowiem Ratunkowym Województwa Zachodniopomorskiego jakakolwiek umowa dotycząca mojego udziału w realizacji zadania „Świadczenie usług ratownictwa wodnego na potrzeby obiektu Fabryki Wody przy ul. 1 Maja 41 w Szczecinie" sygn. FW/ZM/34/2024.

Nie będę brał udziału w realizacji zdania „Świadczenie usług ratownictwa wodnego na potrzeby obiektu Fabryki Wody przy ul. 1 Maja 41 w Szczecinie" sygn. FW/ZM/34/2024 dla Wykonawcy Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Zachodniopomorskiego".

Jak wynika z treści ww. oświadczeń, pięciu ratowników wymienionych w wykazie osób złożonym przez Przystępującego, w dniu składania ofert nie wyrażało ani chęci ani zgody na wpisanie ich do ww. wykazu w celu wykazania przez Przystępującego warunku udziału, jak też nie byli w tym celu związani z Przystępującym jakąkolwiek umową. Oznacza to, że Przystępujący nie dysponuje tymi osobami, a zatem nie spełnia ww. warunku.

Powyższego nie zmienia to:

- że w opisie tegoż warunku Zamawiający użył słów: „*wykonawca dysponuje lub będzie dysponować*", co Zamawiający zdaje się rozumieć, jako możliwość dysponowania wymaganymi osobami dopiero na etapie realizacji zamówienia,
- że zgodnie z rozdziałem XI pkt 10.2) SWZ przed zawarciem umowy wykonawca zobowiązany będzie przedstawić Zamawiającemu, na druku stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ, imienny wykaz osób, z udziałem których usługa będzie realizowana,
- że w § 4 ust. 9 – 11 projektu umowy Zamawiający przewidział na etapie realizacji zamówienia możliwość wymiany wskazanych osób na inne.

Pomijając to, że w ww. oświadczeniach ratownicy wskazali, że nie będą też brać udziału w realizacji niniejszego zamówienia, przede wszystkim należy wyjaśnić, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, a czym innym wymagania zamawiającego odnoszące się do etapu realizacji zamówienia. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu ocenia się na dzień składania ofert, co Izba wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie, np. w wyroku o sygn. akt KIO 539/23 z dnia 14.03.2023 r., w którym stwierdzono: *„Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Podnoszonej przez Zamawiającego „aktualności" dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia"*. Zatem wykonawca musi spełniać warunek udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, co w przypadku warunku dotyczącego kadry oznacza, że w tym dniu musi dysponować wymaganymi osobami. Jest to zupełnie niezależne od odrębnego wymogu dysponowania tymi osobami również na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający sprawdza zatem spełnienie warunku na dzień składania ofert, a jeżeli stwierdzi jego spełnienie przez wykonawcę i zawrze z nim umowę, to następnie ponownie zgodnie z postanowieniami tej umowy sprawdza, czy zamówienie jest realizowane dzięki pracy tych osób. Taka jest konsekwencja postawienia dwóch osobnych wymogów: jako warunku udziału w postępowaniu i jako wymogu odnoszącego się do sposobu realizacji zamówienia. Zatem obowiązek dysponowania wymaganymi osobami na etapie realizacji zamówienia, w tym przewidywana w projekcie umowy weryfikacja personelu wykonawcy i możliwość jego wymiany na tym etapie, absolutnie nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku uprzedniego sprawdzenia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, czy Przystępujący spełnia warunek na dzień składania ofert.

Tymczasem Zamawiający, mimo otrzymania wraz z odwołaniem ww. oświadczeń, zaniechał dokonania ponownej weryfikacji spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Należy przypomnieć, że w ww. oświadczeniach ratownicy wskazali, że nie byli zainteresowani i nie wyrazili zgody na wykorzystanie ich danych w wykazie osób m.in. w dniu składania ofert. Oznacza to, że w tym dniu Przystępujący nie dysponował ww. pięcioma osobami, które złożyły takie oświadczenia, a zatem nie spełnił warunku dysponowania 29 ratownikami.

Powyższego nie zmieniają także złożone przez Przystępującego dowody w postaci umów zlecenia zawartych z ww. pięcioma ratownikami i aneksów do tych umów. Umowy te bowiem dotyczą zlecenia przez Przystępującego wykonywania usług ratowniczych w zupełnie innych miejscach niż obiekt, którego dotyczy niniejsze zamówienie, czyli obiekt spółki Fabryka Wody sp. z o.o. w Szczecinie. Tymczasem nie chodzi o to, by wykonawca wykazał, że dysponuje tymi osobami w celu wykonywania jakichkolwiek zamówień w jakichkolwiek obiektach (np. pływalnie: Radisson Blu, Szkoły Podstawowej nr 51 czy Szczecińskiego Domu Sportu), tylko o to żeby wykazał, że dysponuje nimi na potrzeby spełnienia warunku w tym konkretnym postępowaniu, czyli na potrzeby spełnienia warunku dotyczącego zamówienia na wykonywanie usług ratowniczych w obiekcie spółki Fabryka Wody sp. z o.o. w Szczecinie. Natomiast w ww. oświadczeniach pięciu ratowników wskazało, że nie wyrażało zainteresowania ani zgody na wpisanie ich do wykazu osób „*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania „Świadczenie usług ratownictwa wodnego na potrzeby obiektu Fabryki Wody przy ul. 1 Maja 41 w Szczecinie" sygn. FW/ZM/34/2024*". Nie ma zatem znaczenia, przy jakich innych zamówieniach Przystępujący tymi osobami dysponował, bowiem istotne jest to, że nimi nie dysponował na potrzeby tego konkretnego zamówienia, które jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Nie ma także znaczenia, że Zamawiający badał spełnienie ww. warunku na dzień składania podmiotowych środków dowodowych, a ww. umowy zlecenia i aneksy do nich obowiązywały w dniu złożenia przez Przystępującego tych środków. Jak wskazano już wyżej, spełnianie warunków udziału w postępowaniu bada się na dzień składania ofert (choć

stan „spełniania” powinien być aktualny na dzień składania podmiotowych środków dowodowych), a ww. umowy i aneksy w ogóle nie świadczą o dysponowaniu ww. pięcioma ratownikami w celu spełnienia warunku udziału postawionego w niniejszym postępowaniu, gdyż dotyczą zupełnie innych zamówień.

Nie można się też zgodzić z Zamawiającym, że skoro w ww. umowach przewidziano, że miejsce pracy będzie ustalane w miesiącu poprzedzającym miesiąc jej wykonywania, to świadczy to o „*potencjalnej możliwości dysponowania tymi osobami na obiekcie Zamawiającego*”. Weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie polega na sprawdzeniu, czy w dniu składania ofert wykonawca spełnia ten warunek „potencjalnie”, tylko na sprawdzeniu, czy spełnia go rzeczywiście. Ze złożonych przez ratowników oświadczeń wynika, że Przystępujący nie dysponował nimi w dniu składania ofert (ani później) w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, zaś ww. umowy oraz aneksy nie zawierają informacji przeczących treści tych oświadczeń.

W konsekwencji należy stwierdzić, że wynikające z wykazu osób domniemanie spełnienia przez Przystępującego warunku, na które wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zostało poprzez treść ww. pięciu oświadczeń obalone, co zobowiązywało Zamawiającego do powtórzenia czynności oceny spełniania tegoż warunku.

Izba nie podzieliła ponadto stanowiska Zamawiającego, jakoby treść ww. oświadczeń złożonych przez ww. pięciu ratowników była niewystarczającym dowodem na brak dysponowania nimi przez Przystępującego, a właściwym dowodem w tej sprawie mogłyby być jedynie zeznania ratowników jako świadków. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 538 ust. 1 ustawy Pzp dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Ustawodawca nie ograniczył zatem środków dowodowych tylko do zeznań świadków, ale dopuścił także złożenie dowodów w postaci dokumentów. Takimi dokumentami są oświadczenia ww. ratowników, złożone Izbie także w oryginałach z podaniem w nich nazwisk, numerów PESEL i z odręcznymi podpisami. Izba nie widzi podstaw do odmówienia im wiarygodności i mocy dowodowej, zwłaszcza wobec braku przedstawienia przez Zamawiającego i Przystępującego jakichkolwiek kontrdowodów pozwalających uznać treść tych oświadczeń za nieprawdziwą. W szczególności Przystępujący nie wniósł o przesłuchanie ww. ratowników jako świadków (choć współpracuje z nimi na innych obiektach), co być może doprowadziłoby do zweryfikowania złożonych przez nich oświadczeń. Przystępujący ograniczył się jedynie do złożenia ww. umów zlecenia i aneksów do nich, co jak wskazano już wyżej, nie może stanowić kontrdowodu wobec treści tych oświadczeń, ponieważ ww. umowy i aneksy odnoszą się do zupełnie innych obiektów niż obiekt, którego dotyczy niniejsze zamówienie i w związku z którym Przystępujący miał wykazać dysponowanie wymaganymi osobami. Tym bardziej kontrdowodem wobec treści ww. pisemnych oświadczeń nie może być gołosłowne oświadczenie Przystępującego złożone na rozprawie, zgodnie z którym w trakcie ustnej rozmowy ustalił on z ww. ratownikami, że będą wykonywać na jego rzecz usługi w ramach przedmiotowego zamówienia.

Reasumując, treść złożonych przez ww. pięciu ratowników oświadczeń dołączonych do odwołania przesądza o tym, że Przystępujący nie dysponuje tymi osobami dla potrzeb spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Treść tych oświadczeń nie została też obalona żadnymi kontrdowodami. Oznacza to, że Przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku, a zatem – wobec faktu wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że wpisując do wykazu osób pięciu ratowników, którzy nie wyrazili na to zgody, Przystępujący zawarł też w tym wykazie nieprawdziwe informacje o dysponowaniu tymi osobami. Innymi słowy: Przystępujący niezgodnie z prawdą oświadczył w wykazie osób, że dysponuje ww. pięcioma ratownikami, podczas gdy w rzeczywistości nimi nie dysponował, bo nie byli oni zainteresowani współpracą z nim na obiekcie spółki Fabryka Wody sp. z o.o. i nie wyrazili zgody na wpisanie ich do wykazu osób.

Podanie nieprawdziwych informacji skutkuje wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 29 ratownikami, co nie tylko mogło, ale miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, gdyż doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Okoliczności sprawy wskazują ponadto, że do wprowadzenia Zamawiającego w błąd doszło w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa Przystępującego, który musiał przecież wiedzieć, że ww. ratownicy nie wyrazili zgody na wykorzystanie ich danych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i na współpracę przy realizacji niniejszego zamówienia. Tym samym wypełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co oznacza, że oferta Przystępującego podlega także odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Ponadto złożenie nieprawdziwych informacji w ww. zakresie jest sprzeczne z prawem i z dobrymi obyczajami rozumianymi jako: uczciwość, prawdomówność, rzetelność, lojalność, poszanowanie drugiego człowieka, cudzej godności, prywatności, interesów drugiej strony czy właśnie niewprowadzanie innych w błąd. Podanie tych nieprawdziwych informacji naruszało też interes innego przedsiębiorcy lub klienta, ponieważ prowadziło do uzyskania przez Przystępującego zamówienia kosztem Odwołującego, a Zamawiającego narażało na wykonywanie usług przez wykonawcę niedysponującego wymaganą ilością ratowników. O ile zatem Izba ma wątpliwość, czy złożenie

Zamawiającemu ww. nieprawdziwych informacji można uznać za ich „rozpowszechnianie” zgodnie z art. 14 ust. 1 uznk, o tyle niewątpliwie ziściły się przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznk. Oznacza to, że oferta Przystępującego podlega także odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.
Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba uznała za nieprzydatne złożone przez Odwołującego dowody w postaci umów zawartych z ww. ratownikami zawierających postanowienia o zakazie konkurencji. Pomijając to, że umowa z panem Jakubem B. została zawarta w dniu 30.11.2024 r., czyli przewidziany w niej zakaz konkurencji nie obowiązywał w dniu składania ofert w niniejszym postępowaniu, przede wszystkim należy wskazać, że samo istnienie takiego zakazu w umowie zawartej z Odwołującym nie stanowi dowodu, że Przystępujący nie dysponował ww. pięcioma ratownikami. Można bowiem wyobrazić sobie hipotetyczną sytuację, w której ratownicy zgodziliby się na współpracę z Przystępującym mimo obowiązującego ich zakazu konkurencji. Taka hipotetyczna sytuacja pokazuje, że sam zakaz konkurencji jako taki nie wykluczał dysponowania przez Przystępującego ww. ratownikami (odrębną kwestią pozostają konsekwencje ewentualnego naruszenia przez ratowników tego zakazu). Dlatego Izba uwzględniła odwołanie w oparciu o dowody w postaci oświadczeń ww. ratowników, nie zaś w oparciu o dowody w postaci zawartych z nimi umów zawierających zakaz konkurencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca ...……..