

**Sygn. akt: KIO 400/20**

**WYROK**  
**z dnia 9 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Regionalne Centrum Sportowe w Lubinie

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez Fundację Wodną Służbę Ratowniczą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Regionalne Centrum Sportowe w Lubinie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie usług w zakresie ratownictwa wodnego na potrzeby Regionalnego Centrum Sportowego Sp. z o. o. - Basen Odkryty w Lubinie w sezonie letnim 2020 r.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 505829-N-2020. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 lutego 2020 r. wykonawca Fundacja Wodna Służba Ratownicza we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i wskazanie na zaproponowanie ceny przekraczającej przeznaczone środki na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy taka przesłanka nie jest podstawą umożliwiającą Zamawiającemu odrzucenie oferty i nie figuruje w zamkniętym katalogu określonym ust. 1 przywołanego przepisu,

2) art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zastosowanie przedmiotowej normy prawnej jako podstawy dla odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy dyspozycja przywołanego artykułu stanowi o obowiązku zamawiającego podania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez brak należytego uzasadnienia podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, ograniczając tym samym prawo wykonawcy do skutecznego zaskarżenia tej czynności,

4) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy Fundacja Tobie Polsko Ratownicy z siedzibą we Wrocławiu do uzupełnienia dokumentów, które dotyczą kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania,

5) art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Fundacji Tobie Polsko Ratownicy mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłożył wraz z ofertą dokumentów niezbędnych dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 7.1 SIWZ;

6) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych tj. podmiotowi, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, jak i bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zgodnie z SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu wskazując, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu ustawowemu, spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz warunki określone w SIWZ, w szczególności posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywania usług objętych zamówieniem, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują, w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi zrealizowane lub realizowane na obszarach wodnych lub innych rodzajów zbiornikach wodnych sztucznych bądź naturalnych, przez okres co najmniej 60 dni oraz, że wykazane usługi zostały (lub są wykonywane) wykonywane należycie. Nadto w ust. 13.4 SIWZ Zamawiający określił sposób przygotowania oferty wskazując „ofertę należy sporządzić wg FORMULARZA OFERTY (Załącznik nr 1 do SIWZ) załączając wymagane załączniki, oświadczenia i dokumenty”. W dniu 05.02.2020 r. Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej informację o otwarciu złożonych ofert, z której wynika, że o przedmiotowe zamówienie ubiega się dwóch wykonawców: odwołujący i Fundacja Tobie Polsko Ratownicy. Jednocześnie Zamawiający wskazał jaką kwotę zamierza przeznaczyć na poczet realizacji przedmiotowego zamówienia tj. 191.590,00 zł. Następnie Zamawiający pismem z dnia 10.02.2020 r. wezwał wykonawcę Fundację Tobie Polsko Ratownicy powołując się na art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów „w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia”. Fundacja Tobie Polsko Ratownicy w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie złożyła dokumenty w szczególności wykaz usług z zakresu ratownictwa wodnego realizowanych w ciągu ostatnich 3 lat wraz z referencjami. W związku ze wskazaniem przez Zamawiającego, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy niebędący wykluczeni z mocy ustawy oraz m.in. legitymujący się wykonaniem przynajmniej dwóch usług świadczonych na obiektach, zdaniem Odwołującego Fundacja TPR nie spełniała przedmiotowych wymagań. Z analizy złożonej przez wykonawcę

oferty w określonym przez Zamawiającego terminie nie zostały dołączone kluczowe dokumenty dotyczących kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ tj. nie spełniają rygoru określonego w ust. 7.1 SIWZ. Mimo powyższego Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze ofert z dnia 18.02.2020 r. wskazał, że dokonał wyboru wykonawcy - Fundacja Tobie Polsko Ratownicy, przyznając jemu 72 pkt oraz wskazał, że dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na wysokość zaoferowanej ceny - przekraczającej kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, a jako podstawę prawną podał art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych

Z takim rozstrzygnięciem Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie - wobec bezspornego wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Fundacja TPR, które niewątpliwie miało bezpośredni wpływ na udzielenie mu zamówienia, złożenie przedmiotowego odwołania jest zasadne i konieczne.

W ocenie Odwołującego zasadne jest postawienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Fundacji Tobie Polsko Ratownicy mimo, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu, chociaż przedstawiła informacje o spełnieniu wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 7.1 SIWZ, co tym samym prowadzi do braku wymaganego doświadczenia przez tego wykonawcę; Ustawodawca przewidział w art. 24 ust. 1 pkt 12 obowiązek wykluczenia wykonawcy, który na etapie składania oferty nie dopełnił obowiązków i nie przedstawił dokumentacji wymaganej przez zamawiającego w szczególności w zakresie kryteriów oceny jakim jest doświadczenie. Podjęta przez Zamawiającego czynność wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentacji była znacznym naruszeniem zasad procedury, prowadzącej wprost do naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania. Oświadczenie wykonawcy co do elementów oferty objętych jednym z kryteriów oceny ofert ma wyjątkowo istotne znaczenie, gdyż przyczyniając się do uplasowania oferty na danym miejscu w rankingu ofert, wywiera bezpośredni wpływ na wybór wykonawcy. Doktryna oraz orzecznictwo wskazują, że informacje stanowiące podstawę przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert ani w trybie art. 26 ust. 3 ani art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (tak m.in. w uchwale KIO z 1 lutego 2016 r., sygn. akt KIO/KD 8/16 oraz w wyroku z 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 763/17). W toku badania i oceny ofert zamawiający może co prawda żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających tę treść jest niedozwolone i stanowi zakazane negocjacje między nim a wykonawcą. W takiej sytuacji, gdyby zamawiający mógł wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, wykonawca taki mógłby, już po otwarciu ofert złożyć taki dokument, który zapewniłby mu uzyskanie większej ilości punktów, co jest niedopuszczalne.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w stanowisku, będącym wynikiem kontroli, przeprowadzonych przez Prezesa UZP, wskazanym w artykule pt.: „Nieuprawnione zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - przykłady nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli Prezesa UZP”, zamieszczonym w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 7/2013, w którym stwierdzono, że „W szczególności należy zwrócić uwagę na nieuprawnione uzupełnianie dokumentów w postępowaniach przeprowadzanych w trybach dwuetapowych, kiedy stopień spełnienia poszczególnych warunków udziału w postępowaniu ma wpływ na ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tym samym zakwalifikowanie się wykonawcy do kolejnego etapu postępowania (zaproszenie do składania ofert). Podobnie dzieje się w sytuacji, kiedy wymagane dokumenty dotyczą jednego z pozacenowych kryteriów oceny ofert, a ich uzupełnienie, poza potwierdzeniem spełnienia wymagań zamawiającego, może mieć wpływ na wysokość punktów przyznanych w danym kryterium.”. Zatem wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie dotyczy tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane, pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał. Część oferty podlegająca punktacji jest bowiem szczególnie wrażliwa, gdyż prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, które następnie skutkuje wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji dokonanie wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Nadto Odwołujący zauważał, że zgodnie z wyrokiem KIO 1898/17, ocena ofert złożonych w danym postępowaniu i ich weryfikacja może być dokonywana wyłącznie w oparciu o postanowienia, które ustanowił zamawiający i, które w równym stopniu są wiążące dla niego, jak i wykonawców. Zamawiający po złożeniu ofert nie może wymagań i ustaleń zmieniać czy interpretować w sposób swobodny, nadając im inne znaczenia niż to wynika z danego wyraźnego brzmienia dokumentu. Dokonując oceny i wyboru oferty, musi takie czynności opierać wyłącznie o reguły, które ustanowił w SIWZ. Nie może ewentualnych braków zauważonych na etapie oceny uzupełniać interpretacją własną, a ewentualnymi jej skutkami obciążać wykonawcę odrzucając na przykład jego ofertę, jako niezgodną ze specyfikacją. Takie działania prowadziłyby do naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami tej ustawy. Reguły wynikające ze wskazanych przepisów - zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji - wymagają stabilności i niezmienności informacji zawartych w podstawowych dokumentach postępowania, jakimi jest ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ wraz z jej załącznikami. Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania o wykonawcach, których

oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5 Prawa zamówień publicznych, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Wraz z tymi informacjami zamawiający powinien również podać uzasadnienie faktyczne i prawne, osobno dla każdej odrzuconej oferty. Niezależnie od tego ogólnego wymogu, odnoszącego się do wszystkich informacji określonych w art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający powinien poinformować o powodach odrzucenia oferty (czyli tak naprawdę podać uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia), a dodatkowo w przypadku odrzucenia oferty z powodu niewykazania równoważności lub spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa art. 89 ust. 4 i 5 Prawa zamówień publicznych, poinformować o braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dość, że nie wywiązał się z obowiązku rzeczowego przedstawienia powodów odrzucenia (bowiem zaproponowana cena przewyższająca przeznaczone środki na sfinansowanie zamówienia nie jest przesłanką uprawniającą do odrzucenia oferty), to jeszcze ograniczył swoje uzasadnienie prawne do błędnego wskazania podstawy prawnej. Ustawodawca w art. 86 Prawa zamówień publicznych nałożył na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy jeśli zajdzie chociaż jedna przesłanka z zaprezentowanego zamkniętego katalogu w ust. 1 niniejszego artykułu. Z uwagi na restrykcyjny charakter tego przepisu, wskazane w nim przesłanki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Jednocześnie w przypadku ustalenia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty zamawiający nie może odstąpić od dokonania tej czynności. Takie działanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. W przypadku braku podjęcia błędnej czynności odrzucenia oferty odwołującego jak i nie podjęcia czynności wykluczenia wybranego wykonawcy, zamawiający byłby zmuszony do unieważnienia przetargu i ponownego przeprowadzenia postępowania lub zwiększenia kwoty jaką przeznaczy na sfinansowanie zamówienia. Jednakże należy zaznaczyć, iż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się bowiem, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Wówczas kwota jaką zamawiający przeznacza na udzielenie zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w art. 86 ust. 3 ustawy. Należy jednak zauważyć, iż zamawiający, który w takim wypadku dokonuje przeniesień wydatków, musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur.

Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Fundacji Tobie Polsko Ratownicy;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Fundacji Tobie Polsko Ratownicy;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu zasadniczo przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może podlegać uwzględnianiu.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba ustaliła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując jako podstawę prawną art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a jako uzasadnienie faktyczne podał „cena zaoferowana przez wykonawcę przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 18 lutego 2020 r.; odpis pisma i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu – w aktach postępowania).

Rację miał Odwołujący, że katalog przesłanek mogących stanowić podstawę odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu jest zamknięty, a okoliczność, że cena oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (jej wysokość Zamawiający podał zgodnie z art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przed otwarciem ofert) nie jest przesłanką odrzucenia oferty. Zamawiający na rozprawie

uznał swój błąd w tym zakresie. Jednak zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego nie mógłby być uwzględniony przez Izbę (tj. nie mogły być uwzględnione zarzuty naruszenia art. 86 ust. 3, art. 89 ust. 1, i art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), ponieważ nie ma wpływu na wynik postępowania (zarzut więc podlegałby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ Odwołujący wnosił zarzuty co do odrzucenia własnej oferty (droższej) oraz co do zaniechania wykluczenia innego wykonawcy (który złożył ofertę tańszą – uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą), to odwołanie mogłoby być uwzględnione wówczas, gdyby nie tylko potwierdził się zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego, ale i zarzut odnoszący się do zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę tańszą. Jednak Izba uznała, że zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Fundacja Tobie Polsko Ratownicy nie może zostać uwzględniony.

Niezależnie od powyższego, trzeba wskazać, że alternatywne żądanie odwołania – o unieważnienie postępowania z powodu braku środków na realizację zamówienia (zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), nie prowadzi do uzyskania zamówienia przez Odwołującego (a więc w tym zakresie brak legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy Fundacja Tobie Polsko Ratownicy do uzupełnienia dokumentów, które dotyczą kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Fundacji Tobie Polsko Ratownicy z siedzibą we Wrocławiu mimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłożył wraz z ofertą dokumentów niezbędnych dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 7.1 SIWZ, Izba ustaliła, co następuje:

1. W SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena za 1h pracy ratownika z wagą 60% oraz doświadczenie z wagą 60%. Zamawiający zapowiedział, że będzie punktował doświadczenie większe, niż wymagane jako minimalne, tj. więcej, niż 2 usługi, a maksymalnie 10 usług (pkt 17.2 SIWZ).



2. W pkt 8.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że ofertę należy sporządzić w oparciu o formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, oraz oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie określił w SIWZ, że do oferty należy załączyć wykaz wykonanych usług i wykaz osób. W pkt 8.2 SIWZ zapowiedział, że m.in. wykazy usług i osób będzie należało złożyć w terminie 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Prawa zamówień publicznych.
3. Wykonawca Fundacja Tobie Polsko Ratownicy złożył ofertę w sposób opisany w SIWZ. Dodatkowo złożył oświadczenie (strona 10 oferty), że jego doświadczenie obejmuje wykonanie 10 usług. Następnie wykonawca Fundacja Tobie Polsko Ratownicy złożył wykaz osób i usług w terminie przewidzianym w SIWZ (dokumenty złożono w dniu 7 lutego 2020 r.).
4. W złożonym wykazie osób Zamawiający dopatrył się braku podania numeru uprawnień jednego z ratowników. Dlatego na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Zamawiający w dniu 10 lutego 2020 r. wezwał Fundację Tobie Polsko Ratownicy do uzupełnienia dokumentów. W wyniku uzupełnienia przedstawiono numer uprawnień osoby uprzednio wskazanej w wykazie osób (wezwanie z dnia 10 lutego 2020 r. i uzupełniony wykaz z dnia 12 lutego 2020 r.).
5. Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Fundacja Tobie Polsko Ratownicy za najkorzystniejszą.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się stawiane przez Odwołującego zarzuty. Zarzut składa się z postawy prawnej (przywołania przepisu, którego naruszenia Odwołujący się dopatruje) oraz podstawy faktycznej (wskazania okoliczności, mających uzasadniać podniesiony zarzut). Jedynie w granicach podniesionych zarzutów Izba rozpatruje wniesione odwołanie (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy Fundacja Tobie Polsko Ratownicy do uzupełnienia dokumentów, które dotyczą kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego, podczas gdy Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania. Jednak Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w zakresie, który nie był związany z kryteriami oceny ofert – wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 10 lutego 2020 r. dotyczyło wykazu osób, a nie usług (w jednym z kryteriów oceny ofert istotna była liczba usług zrealizowanych w ramach wymaganego doświadczenia). Wykaz osób nie podlegał ocenie w żadnym kryterium oceny ofert.

Ponadto Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Fundacji Tobie Polsko Ratownicy mimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłożył wraz z ofertą dokumentów niezbędnych dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 7.1 SIWZ. W uzasadnieniu odwołania wskazywał, że „Z analizy złożonej przez wykonawcę oferty w określonym przez Zamawiającego terminie nie zostały dołączone kluczowe dokumenty, dotyczące kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ tj. nie spełniają rygoru określonego w ust. 7.1 SIWZ.”

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Aby tak postawiony zarzut mógł zostać uwzględniony, Odwołujący musiałby udowodnić, że wykonawca Fundacja Tobie Polsko Ratownicy nie wykazał warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający m.in. wymagał wykonania dwóch określonych usług (pkt 7.1.2 SIWZ), jednak Odwołujący nie dowodził, że wykonawca Fundacja Tobie Polsko Ratownicy nie wykazał ich wykonania. Odwołujący w odwołaniu również wskazywał, że wykonawca Fundacja Tobie Polsko Ratownicy „wobec bezsprzecznego wprowadzenia Zamawiającego w błąd” powinien zostać wykluczony z postępowania, jednak tego w żaden sposób nie uargumentował.

W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający, jeżeli zamierza w kryteriach oceny ofert dokonywać oceny elementów innych, niż cena – to powinien żądać załączenia już do oferty dokumentów, będących podstawą tej oceny. W postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, Zamawiający przewidział złożenie wykazu usług dopiero po terminie składania ofert. Okoliczność ta jednak nie mogła wpłynąć na negatywną ocenę wykonawcy, który złożył ofertę ściśle zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Ponadto, jeżeli dokumenty, będące podstawą oceny w kryteriach oceny ofert zostałyby uzupełnione po terminie, to Odwołujący powinien wnosić o nieprzyznanie (bądź przyznanie mniejszej liczby) punktów w kryterium pozacenowym. Uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych można m. in. dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych (potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu), co wykonawca Fundacja Tobie Polsko Ratownicy uczynił, uzupełniając wykaz osób - informacje dotyczące uprawnień jednego z ratowników.

Wobec wyżej opisanych okoliczności, Izba stwierdziła, że w granicach zarzutów stawianych w odwołaniu nie doszło do takiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\).](#)

**Przewodniczący:**

.....