

Sygn. akt: KIO 2041/11

WYROK
z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2011 r. przez wykonawcę **Fundację Bezpieczna Woda w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Fundację Bezpieczna Woda w Poznaniu** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Fundacja Bezpieczna Woda w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Fundacji Bezpieczna Woda w Poznaniu** na rzecz **Term Maltańskich sp. z o.o. w Poznaniu** kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający – Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest świadczenie usługi ratownictwa wodnego – zapewnienie bezpieczeństwa osób kąpiących się i przebywających na basenach zlokalizowanych w kompleksie Termy Maltańskie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 11 sierpnia 2011 r. nr 2011/S 153-254615.

W dniu 12 września 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Fundację Bezpieczna Woda w Poznaniu zwanego dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stowarzyszeniu Rekreacyjno-Sportowemu Delphinus Sport Promotion we Wrocławiu oraz Tomaszowi Jarockiemu, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Multigrupa Tomasz Jarocki w Smolcu, zwanemu dalej „konsorcjum”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum odwołujący wniósł w dniu 22 września 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności polegającej na wykluczeniu konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na złożenie przez to Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że Konsorcjum świadomie podało zamawiającemu nieprawdziwą informację, że Pan Roman Z. (Ż.) oraz Grzegorz S. jest ratownikiem wodnym pływalni, w sytuacji gdy osoby te nie posiadają takich uprawnień. W celu poparcia swych twierdzeń załączył do odwołania pismo WOPR Województwa Opolskiego w Opolu z dnia 16 września 2011 r. znak: L.dz. 355/2011 oraz pismo Wałbrzyskiego WOPR z dnia 15 września 2011 r. znak I.dz. 36/PW/2011.

Ponadto odwołujący wywodził, że konsorcjum oświadczyło nieprawdę w załączonym do oferty Załączniku nr 2. Oświadczyło bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wymagane w ogłoszeniu i SIWZ na podstawie art. 22 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Wywodził, że konsorcjum nie posiada stosowanych uprawnień, gdyż zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 listopada 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązków i uprawnień specjalistycznych organizacji ratowniczych, warunków ich wykonywania przez inne organizacje ratownicze oraz rodzaju i wysokości świadczeń przysługujących ratownikom górskim i wodnym w związku z udziałem w akcji ratowniczej specjalistycznymi organizacjami ratowniczymi są jedynie:

- 1) Górskie Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe jako stowarzyszenie kultury fizycznej o zasięgu ogólnokrajowym, zwane dalej „GOPR”;
- 2) Tatrzańskie Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, w zakresie ratownictwa górskiego na obszarze Tatr i pasma Gubałowsko-Spiskiego, zwane dalej „TOPR”;
- 3) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe jako stowarzyszenie kultury fizycznej o zasięgu ogólnokrajowym, zwane dalej „WOPR” (§ 2 tego rozporządzenia).

Natomiast § 6 tego rozporządzenia stanowi, że minister właściwy do spraw wewnętrznych może wyrazić w drodze decyzji zgodę na wykonywanie obowiązków i uprawnień ratowniczych przez inną niż GOPR, TOPR lub WOPR organizację ratowniczą - na wniosek tej organizacji - po zasięgnięciu opinii właściwej specjalistycznej organizacji ratowniczej. Odwołujący wywodził, iż zgoda taka nie została udzielona konsorcjum, ani członkom konsorcjum. Nie posiada ono więc stosowanych uprawnień, o których posiadaniu zapewniało. Wniósł o zwrócenie się do ministra właściwego do spraw wewnętrznych o udzielenie informacji, czy podmiotom wchodzącym w skład konsorcjum została udzielona decyzja na wykonywanie obowiązków i uprawnień ratowniczych.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) alternatywnie, jeżeli umowa została zawarta, o jej unieważnienie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia

SIWZ, ofertę konsorcjum, wezwanie zamawiającego z dnia 7 września 2011 r., oświadczenie konsorcjum z dnia 8 września 2011r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, a także zeznania świadka Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w dniu 22 września 2011 r. przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej konsorcjum kopię odwołania wzywając go do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Konsorcjum otrzymało kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 22 września 2011 r., zaś zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 27 września 2011 r. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że konsorcjum wnosząc zgłoszenie przystąpienia w dniu 27 września 2011 r., tj. piątego dnia po otrzymaniu kopii odwołania i wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego uchybiło trydzińcowemu terminowi na zgłoszenie przystąpienia wynikającemu z przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. W świetle powyższego Izba stwierdziła, że wobec niespełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 27 września 2011 r. nie było skuteczne, a w konsekwencji konsorcjum nie uzyskało statusu uczestnika postępowania (art. 185 ust. 3 ustawy Pzp).

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, zaniechanie wykluczenia i wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do powstania szkody po stronie pozostałych uczestników postępowania w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem ofert i ich udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była pierwszą w kolejności, za wybraną ustalenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Zgodnie z pkt 5 SIWZ zatytułowanym opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (art. 22 ustawy Pzp):

5.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,

5.3 dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

- Dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi aktualne uprawnienia ratownicze – wg przepisów WOPR:
 - Nie mniej niż 45 osób z uprawnienia ratowników w stopniu Ratownika Wodnego Pływalni,
 - Nie mniej niż 5 osób z uprawnieniami ratowników w stopniu Starszego Ratownika WOPR,
 - Nie mniej niż 2 osoby z uprawnieniami ratowników stopniu Instruktora WOPR.

Ustalono ponadto, iż zgodnie z pkt 6 SIWZ zatytułowanym „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, oferta musiała zawierać m.in.: podpisane oświadczenie o spełnianiu warunków art. 22 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy i nie podleganiu wykluczeniu – art. 24 ust. 1 i 2 ustawy – wzór załączniki nr 2 i nr 3.

Ustalono również, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oferta musiała zawierać m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacja o podstawie dysponowania tymi osobami, zgodnie z opisem warunku z pkt 5.2 ppkt 2, - załącznik nr 4.

Konsorcjum złożyło wraz z ofertą załącznik nr 4 (wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia) w którym wskazało dysponowanie ratownikami będącymi członkami WOPR, którzy będą wykonywali przedmiot zamówienia. W pozycji 18 wykazu wskazało Pana Grzegorza S. W kolumnie tabeli: kwalifikacje zawodowe (numer uprawnień zawodowych i zakres) wskazano „ratownik WOPR 164/WB/91”, zaś w kolumnie „planowana funkcja (rola w realizacji zadania) – „ratownik WOPR”. W pozycji 20 wykazu osób wskazano Pana Romana Z. W kolumnie tabeli: kwalifikacje zawodowe (numer

uprawnień zawodowych i zakres) wskazano „ratownik WOPR A004702/4854/OP/02”, zaś w kolumnie „planowana funkcja (rola w realizacji zadania) – „ratownik WOPR”.

Pismem z dnia 7 września 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia o posiadanych kwalifikacjach osób wymienionych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wskazał, że ze złożonego wykazu wynika, iż żadna z wymienionych w wykazie osób nie posiada wymaganych „uprawnień ratownika wodnego pływalni”. W dniu 8 września 2011 r. konsorcjum przesłało oświadczenie, iż Pan Grzegorz S. i Pan Roman Z. posiadają „uprawnienia ratownika wodnego pływalni”. Zamawiający w dniu 12 września 2011 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum. W dniu 16 września 2011 r. odwołujący przesłał zamawiającemu pismo, w którym oświadczył, że zgodnie z kartoteką Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego Pan Grzegorz S. zarejestrowany w Wałbrzychu pod nr 164/WB/91 posiada uprawnienia ratownicze w stopniu ochotniczym ratownika WOPR. Odwołujący w piśmie tym oświadczył również, że pod nr ewidencyjnym A004702/4854/OP/02 zadeklarowanym przez konsorcjum w rejestrze WOPR figuruje Pan Roman Ż. (a nie Roman Z.), który również nie posiada uprawnień zawodowych Ratownika Wodnego Pływalni. Do ww. pisma odwołujący załączył pismo Wojewódzkiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego Województwa Opolskiego nr L.dz. 355/2011, zgodnie z którym Pan Roman Ż. PESEL 88020104759, leg. Nr A004702 posiada stopień Ratownika WOPR, a także pismo Wałbrzyskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego nr L.dz. 36/PW/2011, zgodnie z którym z zapisów, które widnieją w karcie ewidencyjnej Pan Grzegorz S. posiada uprawnienia Ratownika WOPR uzyskane wg starej instrukcji szkoleniowej.

Zamawiający w dniu 16 września 2011 r. pismem znak L.dz. 240/09/11 zwrócił się do konsorcjum o ustosunkowanie się do podnoszonych przez odwołującego okoliczności. Konsorcjum, pismem z dnia 19 września 2011 r. oświadczyło ponownie, że ratownicy wykazani przez niego spełniają warunki udziału w postępowaniu i posiadają odpowiednie uprawnienia do wykonania zadania zgodnie z ogłoszeniem. Do pisma załączył oświadczenie Dolnośląskiego Wodnego Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu z dnia 19 września 2011 r. Stosownie do załączonego pisma stopnie ratowników Wodnych Pływalni nadaje wyłącznie Prezes jednostki wojewódzkiej WOPR poprzez wpis do legitymacji członka WOPR. Następnie ratownik zgłasza się w jednostce macierzystej, gdzie Biuro dokonuje odpowiedniego wpisu w karcie ewidencyjnej o uzyskaniu danego stopnia. Przepisy nie określają w jakim terminie należy się zgłosić do jednostki macierzystej, więc może zachodzić duże prawdopodobieństwo, że ratownik posiada stopień ratownika wodnego pływalni a nie posiada stosownych adnotacji w karcie ewidencyjnej, tak jak np. ratownik Grzegorz S.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należało, iż ustawodawca określił warunki udziału w postępowaniu w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przesądzając, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in.: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), a także dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

Dostrzeżenia jednocześnie wymagało, że ustawa w sposób wyraźny rozgranicza warunki udziału w postępowaniu od opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny w przywołanym przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Konkretyzacji zaś tych warunków, na gruncie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje zamawiający poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności może polegać na wskazaniu koncesji, licencji lub zezwolenia które musi posiadać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia, jeśli odrębne przepisy wymagają posiadania takich uprawnień. Opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może polegać na sprecyzowaniu wymagań w zakresie wykształcenia, kwalifikacji, doświadczenia i uprawnień osoby (osób) którymi musi dysponować wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, iż ustawodawca w sposób wyraźny rozróżnia posiadanie uprawnień do wykonania określonej działalności lub czynności jako przymiotu przypisanego samemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia od posiadania odpowiednich uprawnień przez osobę, która po stronie wykonawcy będzie brała udział w wykonywaniu zamówienia. Powyższy podział znajduje wyraźne odzwierciedlenie w zamkniętym katalogu dokumentów, jakie zamawiający może żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Weryfikacja opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności odbywa się bowiem w oparciu o złożoną przez wykonawcę koncesję, zezwolenie lub licencję (§1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. Dz.U. Nr 226, poz. 1817), natomiast weryfikacja opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia odbywa się w oparciu o wykaz osób, zawierający informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia osób (§1 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia) lub oświadczenie o uprawnieniach osoby (§1 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia). Nie ulega więc wątpliwości, że obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji dotyczy wykonawcy, zaś obowiązek posiadania uprawnień przypisany jest osobie która po stronie wykonawcy będzie brała udział w wykonywaniu zamówienia.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy należało stwierdzić, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ nie dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem nie wymagał złożenia przez wykonawców żadnej koncesji, zezwolenia, ani licencji. Natomiast zamawiający w pkt 5.3 SIWZ dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Żaden z wykonawców w terminie zawitym wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie wniósł odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu ani postanowień SIWZ, a zatem postanowienia ogłoszenia o zamówienia i SIWZ stały się ostateczne i na etapie badania i oceny stanowiły podstawę oceny złożonych przez wykonawców ofert i załączonych do niej dokumentów. W tej sytuacji jedynym dokumentem jaki wykonawcy obowiązani byli złożyć w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności było oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, którego zamawiający zażądał w pkt 6 SIWZ. Konsorcjum złożyło oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ustawy Pzp.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu, iż zaniechał wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zdaniem odwołującego konsorcjum złożyło nieprawdziwą informację poprzez oświadczenie iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. W tej sytuacji należało zbadać, czy odrębne przepisy wymagają posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na wykonywanie działalności lub czynności objętej przedmiotem zamówienia. Zamawiający wprawdzie nie wymagał złożenia żadnego z ww. dokumentów wraz z ofertą, to jednak nie ulega wątpliwości, że jeśli odrębne przepisy wymagają do wykonania określonej działalności lub czynności stosownej koncesji, zezwolenia lub licencji, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązany był je posiadać. W świetle pkt 3 SIWZ przedmiotem

zamówienia było świadczenie usługi ratownictwa wodnego – zapewnienie bezpieczeństwa osób kąpiących się i przebywających na basenach zlokalizowanych w kompleksie „Termy Maltańskie”, zgodnie z obowiązującymi przepisami określonymi w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 listopada 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązków i uprawnień specjalistycznych organizacji ratowniczych, warunków ich wykonywania przez inne organizacje ratownicze oraz rodzaju i wysokości świadczeń przysługujących ratownikom górskim i wodnym w związku z udziałem w akcji ratowniczej (Dz.U. Nr 193, poz. 1624) oraz Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 6 maja 1997 r. w sprawie określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne (Dz. U. Nr 57, poz. 358). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określono w załączniku nr 1 do SIWZ, w którym wymieniono zakres obowiązków ratownika. Wśród obowiązków o charakterze organizacyjno – porządkowym zastrzeżono także m.in. obowiązek pełnienia dyżuru na wyznaczonym stanowisku, stałe obserwowanie powierzchni wody, niezwłoczne reagowanie na każdy sygnał wzywania pomocy, oraz podejmowanie akcji ratowniczej, (pkt 1) reagowanie na wszelkie wzywanie o pomoc obsługi obiektu w przypadku zagrożenia życia (pkt 9 d).

W ocenie Izby kwestię sposobu zapewnienia bezpieczeństwa osób pływających na pływalni w sposób najbardziej szczegółowy reguluje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 maja 1997 r. w sprawie określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne (Dz. U. Nr 57, poz. 358). Rozporządzenie precyzuje m.in. normy zatrudnienia ratowników, tj. na pływalniach dysponujących nieckami o długości do 25 m - jeden ratownik, na pływalniach dysponujących nieckami o długości 25-50 m - dwóch ratowników, zaś na pływalniach dysponujących nieckami o długości powyżej 50 m - trzech ratowników (§15 Rozporządzenia). Wreszcie w myśl § 1 ust. 1 załącznika nr 4 do rozporządzenia warunki bezpieczeństwa osób korzystających z kąpieliska i pływalni zapewnia się w szczególności przez:

- 1) wyraźne oznaczenie granic kąpielisk i pływalni, w ramach których oznacza się granice miejsc do kąpiei, w tym strefy dla osób nie umiejących pływać,
- 2) dyżury wodnej służby ratowniczej oraz wyposażenie w sprzęt ratowniczy,
- 3) przygotowanie miejsc ratownikom w celu stałej obserwacji i kontroli osób kąpiących się, a w kąpieliskach - także korzystających ze sprzętu pływającego.

Ponadto w myśl § 8 ust. 1 załącznika nr 4 do rozporządzenia w celu stworzenia warunków bezpieczeństwa na pływalni należy zapewnić:

- 1) stałą obserwację przez ratownika (ratowników) lustra wody oraz osób znajdujących się na terenie obiektu,
- 2) oznaczenie głębokości wody w sposób trwały i widoczny,

- 3) wyposażenie pływalni w apteczkę i sprzęt medyczny pierwszej pomocy,
- 4) wyposażenie pływalni w sprzęt ratunkowy,
- 5) trwałe ogrodzenie pływalni odkrytej,
- 6) bezpośrednią łączność telefoniczną z pogotowiem ratunkowym i najbliższą jednostką Policji,
- 7) zamykanie pływalni w określonych godzinach, w których nie pracuje służba ratownicza.

Wreszcie, stosownie do art. 39 ust. 3 ustawy o sporcie, zapewnienie bezpieczeństwa osób pływających, kąpiących się w wyznaczonych do tego miejscach oraz uprawiających sporty wodne należy do osób prawnych i osób fizycznych prowadzących nad wodą działalność w tym zakresie oraz do organów administracji rządowej i właściwych terytorialnie gmin.

W ocenie Izby przytoczony przepis ustawowy jednoznacznie rozstrzyga iż obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa na pływalni spoczywa na tym podmiocie, który prowadzi działalność w zakresie udostępnienia pływalni, w tym przypadku do zamawiającego. Natomiast sposób w jaki cel ten należy osiągnąć najbardziej szczegółowo reguluje Rozporządzenie Rady Ministrów z 1997 r. tj. m.in. kreując obowiązek zapewnienia dyżurów wodnej służby ratowniczej, określając minimalną liczbę ratowników uzależnioną od wielkości pływalni, obserwację przez ratowników lustra wody oraz osób znajdujących się na terenie obiektu. W ocenie Izby przywołane przepisy nie narzucają podmiotowi prowadzącemu działalność w zakresie udostępnienia pływalni sposobu w jaki zapewni dyżury wodnej służby ratowniczej. Obowiązujące przepisy w szczególności nie nakładają wymogu powierzenia służby ratowniczej specjalistycznej organizacji ratowniczej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 listopada 2002 r., regulując jedynie konieczność zapewnienia dyżurów przez wymaganą liczbę ratowników i precyzując zakres obowiązków ratowników. Wobec braku wyraźnego odmiennego zastrzeżenia, w ocenie Izby zapewnienie dyżurów mogłoby nastąpić również poprzez zatrudnienie przez samego zamawiającego odpowiedniej liczby uprawnionych ratowników na podstawie umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej. W ocenie Izby nie jest również wykluczone powierzenie wykonywania służby ratowniczej na pływalni podmiotowi trzeciemu który zatrudni na podstawie umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej wymaganą przez obowiązujące przepisy liczbę uprawnionych ratowników. Za przedstawioną interpretacją omawianych przepisów przemawiają również reguły wykładni systemowej. Dostrzeżenia bowiem wymaga, iż w świetle przepisu art. 13 ustawy z 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. Nr 191, poz. 1410 ze zm.) ratownikiem może być osoba zatrudniona lub pełniąca służbę w jednostkach współpracujących z systemem lub będąca członkiem tych jednostek. Uzyskanie statusu ratownika nie jest zatem uzależnione

od faktu zatrudnienia czy pełnienia służby w jednostce współpracującej z systemem, którą jest też specjalistyczna organizacja ratownicza. Przywoływany przepis jednoznacznie rozstrzyga że dla wykonywania czynności ratowniczych wystarczające jest samo członkostwo w takiej organizacji. W tej sytuacji, w ocenie Izby zastosowanie znajduje przepis art. 19 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, stosownie do którego jeżeli przepisy szczególne nakładają obowiązek posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych przy wykonywaniu określonego rodzaju działalności gospodarczej, przedsiębiorca jest obowiązany zapewnić, aby czynności w ramach działalności gospodarczej były wykonywane bezpośrednio przez osobę legitymującą się posiadaniem takich uprawnień zawodowych.

Odwołujący podnosił, że konsorcjum ani jego członkowie nie posiadają statusu specjalistycznej organizacji ratowniczej, z czego wywodził, iż możliwość wykonywania przez niego przedmiotu zamówienia uzależniona jest od uzyskania zgody ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Konsorcjum nie kwestionowało, iż zgody takiej nie posiada. Jako źródło obowiązku uzyskania zgody odwołujący wskazał przepis §6 ust. 1 przywołanego wyżej Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 listopada 2002 r. W ocenie Izby przytoczony przepis nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Zakres przedmiotowy tego rozporządzenia jest szeroki i obejmuje określenie uprawnień i obowiązków specjalistycznych organizacji ratowniczych, zaś rozporządzenie Rady Ministrów z 1997 r., które w sposób kompleksowy i szczegółowy reguluje obowiązki podmiotu udostępniającego pływalnie nie przewiduje konieczności powierzenia służby ratowniczej organizacji specjalistycznej, lecz wymaga jedynie zapewnienia odpowiedniej liczby uprawnionych ratowników.

Izba zważyła ponadto, iż w świetle powołanego przez odwołującego przepisu, inne niż GOPR, TOPR lub WOPR organizacje ratownicze mogą wykonywać obowiązki i uprawnienia tych organizacji za zgodą ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Z kolei uprawnienia i obowiązki zastrzeżone dla specjalistycznej organizacji ratowniczej wymienia przepis §3 rozporządzenia. W świetle przywoływanego przepisu organizacje specjalistyczne są obowiązane i uprawnione do:

- 1) organizowania pomocy oraz ratowania osób, w tym udzielania pomocy przedmedycznej;
- 2) organizowania oraz przeprowadzania szkolenia służby ratowniczej;
- 3) ustalania programów kursów i szkoleń specjalistycznych z zakresu ratownictwa;
- 4) nadawania stopni ratowniczych oraz określania uprawnień do prowadzenia działań ratowniczych, w zależności od posiadanych kwalifikacji;
- 5) programowania i prowadzenia profilaktycznej działalności w zakresie bezpieczeństwa osób;
- 6) stwierdzania zagrożeń bezpieczeństwa osób, na swoim terenie działania.

Ponadto w świetle §3 ust. 2 rozporządzenia organizacje specjalistyczne oraz ich upoważnieni przedstawiciele mają ponadto prawo występowania do:

- 1) kierowników obiektów i urzędzeń wypoczynkowych, sportowych, rekreacyjnych i turystycznych oraz do organizatorów imprez w dziedzinie kultury fizycznej, rekreacji i sportu z pisemnym lub ustnym wnioskiem o usunięcie stwierdzonych zagrożeń, o których mowa w ust. 1 pkt 6, lub o wstrzymanie eksploatacji; wniosek przedstawiony ustnie potwierdza się na piśmie w terminie 3 dni od jego zgłoszenia;
- 2) organów administracji samorządowej oraz, stosownie do właściwości, do dyrektora parku narodowego o nakazanie usunięcia zagrożeń, jak również o wstrzymanie eksploatacji albo zamknięcie obiektów lub urzędzeń, jak też określonych obszarów.

Porównując zakres czynności jakie zgodnie z SIWZ obowiązany będzie wykonywać ratownik z zakresem uprawnień i obowiązków specjalistycznej organizacji ratowniczej Izba stwierdziła, że zakresy te są znacząco odmienne. Jedynie przytoczone wyżej czynności ratownika wymienione w pkt 1 i 9d załącznika nr 1 mogą mieścić się w pojęciu „organizowanie pomocy oraz ratowania osób, w tym udzielania pomocy przedmedycznej”, o którym mowa w §3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia. Jednakże w ocenie Izby wymóg uzyskania zgody w rozumieniu §6 rozporządzenia z 2002 r. dotyczy wykonywania całego kompleksu uprawnień i obowiązków specjalistycznej organizacji ratowniczej przede wszystkim o charakterze organizacyjno – systemowym i nadzorczym, zaś w zakresie akcji ratowniczej – ratowanie osób które uległy wypadkowi czy też narażone są na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia. Prawodawca nie sprecyzował bowiem, iż uzyskania zgody wymaga wykonywanie „uprawnień lub obowiązków”, lecz „uprawnień i obowiązków”. Jest to uzasadnione albowiem wśród kompetencji i obowiązków znajdują się również takie które świadczą o powierzeniu specjalistycznej organizacji ratowniczej zadań z zakresu władzy publicznej, które nie mogą być wykonywane przez każdy podmiot. Wśród takich zadań należy wymienić m.in. prawo nadawania stopni ratowniczych oraz określania uprawnień do prowadzenia działań ratowniczych czy też katalog uprawnień o charakterze sygnalizacyjno – nadzorczym tj. występowanie do kierowników obiektów o usunięcie zagrożeń, wnioskowanie o zamknięcie obiektów. Jednakże niewątpliwie przedmiotem zamówienia nie były objęte obowiązki o takim charakterze.

W tej sytuacji okoliczność, iż konsorcjum i jego członkowie nie posiadają zgody na wykonywanie uprawnień i obowiązków specjalistycznej organizacji ratowniczej nie mogło świadczyć o złożeniu przez nich nieprawdziwego oświadczenia iż spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem w ocenie Izby przytoczone przez odwołującego odrębne przepisy nie nakładały na konsorcjum i jego członków obowiązku uzyskania zgody ministra właściwego do spraw wewnętrznych na wykonywanie działalności lub czynności objętej przedmiotem zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił również, że spośród wyznaczonych do realizacji zamówienia ze strony konsorcjum ratowników WOPR dwaj ratownicy tj. Panowie Roman Z. (Ż.) oraz Grzegorz S. nie posiadają wbrew oświadczeniu konsorcjum „uprawnień ratownika wodnego pływalni”. W konsekwencji odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia konsorcjum z powodu złożenia nieprawdziwego oświadczenia we wskazanym zakresie.

Izba stwierdziła, że zamawiający w SIWZ wymagał dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi aktualne uprawnienia ratownicze – wg przepisów WOPR, w tym nie mniej niż 45 osób z uprawnienia ratowników w stopniu Ratownika Wodnego Pływalni. Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu odesłał zatem do wewnętrznych przepisów WOPR. Izba ustaliła, że kwestię stopni ratowników w WOPR obecnie reguluje Uchwała Nr 5/6/09 Prezydium Zarządu Głównego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego z dnia 5 grudnia 2009 roku w sprawie stopni ratowników i instruktorów WOPR, zgodnie z którą WOPR nadaje ratownikom stopnie młodszego ratownika WOPR i ratownika WOPR, natomiast ratownikom zawodowym stopnie ratownika wodnego pływalni; ratownika wodnego śródlądowego; ratownika wodnego morskiego i starszego ratownika wodnego. Uchwała reguluje również jakie działania może podejmować ratownik uzależniając je od posiadanego stopnia. I tak ratownik WOPR jest asystentem ratownika starszego stopniem i może pracować w parkach wodnych i pływalniach oraz na kąpieliskach; udzielać pierwszej pomocy i asystować podczas udzielania kwalifikowanej pierwszej pomocy zgodnie z ustawą o Państwowym Ratownictwie Medycznym. Ponadto Ratownik WOPR nie może pracować samodzielnie. Z kolei ratownik wodny pływalni może wykonywać czynności ratownika WOPR; a ponadto udzielać kwalifikowanej pierwszej pomocy zgodnie z ustawą o Państwowym Ratownictwie Medycznym; pełnić funkcję kierownika zespołu ratowników w parkach wodnych i pływalniach. Ponadto ustalono, że uchwała ta obowiązywała od dnia 1 stycznia 2010 r.

Ponieważ zgodnie z oświadczeniem konsorcjum Panowie Roman Z. (Ż.) i Grzegorz S. uzyskali uprawnienia ratownicze przed dniem wejścia w życie przywoływanej uchwały należało również przeanalizować wewnętrzne przepisy WOPR obowiązujące w poprzednim okresie. Zgodnie z uchwałą nr 1/11/99 Prezydium Zarządu Głównego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego z dnia 10 grudnia 1999 r. w sprawie stopni ratowników i instruktorów WOPR, w Wodnym Ochotniczym Pogotowiu Ratunkowym obowiązywały stopnie: młodszy ratownik WOPR, ratownik WOPR, starszy ratownik WOPR, instruktor WOPR, instruktor - wykładowca WOPR. W świetle uprzednio obowiązujących

przepisów Ratownik WOPR miał prawo do samodzielnej pracy na kąpieliskach i pływalniach, koloniach dla dzieci i obozach młodzieżowych oraz w czasie imprez na wodach i nad wodami zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i mógł prowadzić szkolenie podstawowe. Z kolei zaś starszy ratownik WOPR miał prawo do pełnienia funkcji kierownika zespołu ratowników WOPR.

Dokonując analizy przytoczonych przepisów WOPR, w pierwszej kolejności należało stwierdzić, że czym innym w ich świetle są uprawnienia osób do prowadzenia działań ratowniczych a czym innym są stopnie ratownicze, przy czym stopień ratownika decyduje o tym, jakie działania ratownicze ratownik uprawniony jest podejmować.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że konsorcjum w uzupełnionym wykazie osób nie złożyło oświadczenia, iż osoby których uprawnienia kwestionowano posiadają „stopień ratownika wodnego pływalni”. Oświadczyło jedynie, iż posiadają oni „uprawnienia ratownika wodnego pływalni”. Uzupełniony wykaz osób został bowiem złożony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego który wnosił o wskazanie czy wymienieni przez konsorcjum ratownicy posiadają „uprawnienia ratowników wodnych pływalni” (a nie stopnie ratownika wodnego pływalni). W celu wykazania, że przywołane oświadczenie konsorcjum jest nieprawdziwe należało wykazać zatem w sposób niebudzący wątpliwości, iż ratownicy Roman Ź. i Grzegorz S. nie są uprawnieni do wykonywania analogicznych czynności, jakie może wykonywać ratownik WOPR posiadający stopień ratownika wodnego pływalni.

Odwołujący w tym celu złożył pismo WOPR Województwa Opolskiego w Opolu z dnia 16 września 2011 r. znak: L.dz. 355/2011 oraz pismo Wałbrzyskiego WOPR z dnia 15 września 2011 r. znak l.dz. 36/PW/2011. W pierwszym z pism znalazło się oświadczenie, iż Pan Roman Ź. posiada stopień ratownika WOPR, zaś w drugim stwierdzenie, iż „z zapisów, które widnieją w karcie ewidencyjnej Grzegorz S. posiada uprawnienia ratownika WOPR uzyskane według starej instrukcji szkoleniowej”.

Izba oceniając dowody złożone przez odwołującego stwierdziła, iż okazały się one niewystarczające w celu wykazania podnoszonego przez odwołującego zarzutu. Wiarygodność tych dokumentów należało ocenić bowiem w kontekście znajdującego się w dokumentacji postępowania i złożonego zamawiającemu pisma Dolnośląskiego WOPR z 19 września 2011 r., podpisanego przez członka zarządu głównego WOPR ds. prawnych który wyjaśnił, że stopnie ratowników wodnych pływalni nadaje wyłącznie prezes jednostki wojewódzkiej WOPR poprzez wpis do legitymacji członka WOPR. Następnie ratownik zgłasza się w jednostce macierzystej, gdzie Biuro dokonuje odpowiedniego wpisu w karcie ewidencyjnej o uzyskaniu danego stopnia. W piśmie tym znalazło się również stwierdzenie, że przepisy nie określają w jakim terminie należy się zgłosić do jednostki macierzystej, więc

może zachodzić duże prawdopodobieństwo, że ratownik posiada stopień ratownika wodnego pływalni a nie posiada stosownych adnotacji w karcie ewidencyjnej, tak jak np. ratownik Grzegorz S. W ocenie Izby pismo Dolnośląskiego WOPR stanowiło dowód na okoliczność znacznej uznaniowości procedur ewidencyjnych obowiązujących w organizacji. Z tego powodu Izba stwierdziła, że zaświadczenia z wałbrzyskiego i opolskiego WOPR złożone przez odwołującego mogły nie odzwierciedlać rzeczywistego stanu rzeczy. Jest to uzasadnione tym bardziej, że wpis do ewidencji nie jest niezbędnym wymogiem do uzyskania stopnia ratowniczego. Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił bowiem iż uzyskanie stopnia ratownika wodnego pływalni następuje po pozytywnym zakończeniu i zaakceptowaniu odpowiedniego kursu.

Odwołujący w trakcie rozprawy podnosił również, iż obecnie nie istnieje centralna ewidencja członków WOPR, jednakże stosowne ewidencje prowadzą jednostki macierzyste, właściwe terytorialnie dla członka WOPR, zaś uregulowania wewnętrzne poszczególnych jednostek wojewódzkich WOPR decydują o tym, w jakim terminie następuje wpis o uzyskaniu danego stopnia do ewidencji. Dodał, iż niektóre jednostki wojewódzkie prowadzą dodatkowy wykaz ratowników zawodowych. Według zapewnień odwołującego, wykaz taki miało na terenie województwa dolnośląskiego prowadzić Dolnośląskie WOPR, zaś na terenie województwa opolskiego – Opolskie WOPR, co wynikało z praktyki i zwyczaju tej jednostki, zaś Panowie Roman Z. (Ż.) oraz Grzegorz S. mieli nie figurować w tych wykazach. Izba stwierdziła, że twierdzenia odwołującego w tym zakresie pozostały gołosłowne i nie poparte żadnym dowodem. Odwołujący swe twierdzenia co do praktyki i zwyczaju opierał na podstawie własnych spostrzeżeń. Jednakże nie zostały złożone żadne dowody na okoliczność zasad i procedur ewidencjonowania w Dolnośląskim ani Opolskim WOPR, jak również dowody na okoliczność istniejącej praktyki.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, iż nie zostało przez odwołującego wykazane, że Panowie Roman Z. (Ż.) oraz Grzegorz S. posiadają wyłącznie stopień ratownika WOPR, co z kolei mogłoby świadczyć, iż nie posiadają oni analogicznych uprawnień jak ratownik wodny pływalni. Zeznający w trakcie rozprawy świadek Grzegorz Rudnik- Wiceprezes Stowarzyszenia Rekreacyjno-Sportowego „Delfinus Sport Promotions” we Wrocławiu nie złożył oświadczenia jaki stopień ratowniczy posiadają obaj Panowie, stwierdzając jedynie, iż konsorcjum nigdy nie twierdziło, iż ratownicy których uprawnienia kwestionowano posiadają stopień ratownika wodnego pływalni. W tej sytuacji Izba nie posiadała żadnych informacji na temat stopnia ratowniczego jakim legitymują się obaj ratownicy. Niemożliwym było zatem porównanie czy posiadane przez nich, a wynikające z uzyskanego stopnia uprawnienia nabyte na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów WOPR są równoważne uprawnieniom ratownika wodnego pływalni. Ponieważ

ciężar dowodu co do złożenia przez konsorcjum nieprawdziwego oświadczenia spoczywał na odwołującym, jako na tej stronie która z danego faktu wywodziła skutek prawny (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp) Izba uznała, że zarzut nie został przez odwołującego wykazany.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: