Sygn. akt: KIO 3486/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę **Medicover Sport Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Sieć Badawczą Łukasiewicz - Poznański Instytut Technologiczny w Poznaniu,**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **VanityStyle sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Medicover Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Medicover Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 3486/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Sieć Badawczą Łukasiewicz - Poznański Instytut Technologiczny w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Karnety sportowe dla wybranych podmiotów Sieci Badawczej Łukasiewicz", numer postępowania: PRZ/00019/2024.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2024 r. pod numerem 425075-2024.
W dniu 23 września 2024 r. wykonawca Medicover Sport Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części I – karnety sportowe dla Instytutów Sieci Badawczej Łukasiewicz posiadających średnie dofinansowanie 50% i części II – karnety sportowe dla podmiotów Sieci Badawczej Łukasiewicz nieposiadających dofinansowana, polegających na:
1. Czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu (cz. I i cz. II), w ramach której w Postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę VanityStyle Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 16/20, 01-230 Warszawa, NIP: 7010098352, KRS: 0000293511 („VanityStyle"), mimo że oferta VanityStyle podlegała odrzuceniu;
2. Zaniechaniu wezwania wykonawcy VanityStyle do złożenia wyjaśnień treści oferty, w tym co do okoliczności i przyczyn skreślenia oświadczenia o wypełnieniu obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i 14 RODO zamieszczonego w pkt 12 Formularza ofertowego (cz. I i cz. II) w zakresie koniecznym dla badania i oceny tej oferty;
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty VanityStyle (cz. I i cz. II) na podstawie przepisów wskazanych w zarzutach niniejszego odwołania.
W związku z powyższym, Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VanityStyle, podczas gdy oferta VanityStyle podlega odrzuceniu z uwagi na to, że:

1.1.jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (z treścią SWZ – a precyzyjniej z OPZ),
1.2.jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

a następnie wybór oferty VanityStyle jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta VanityStyle w pierwszym rzędzie powinna być odrzucona i nie powinna być oceniana w oparciu o kryteria oceny ofert, a już na pewno nie powinna być najwyżej oceniona zgodnie z SWZ;

Oferta VanityStyle nie spełnia wymogów co do:

a)liczby oferowanych obiektów sportowo-rekreacyjnych, takiej samej dla każdego rodzaju karnetu oferowanego przez wykonawcę (poza karnetami dla dzieci do lat 15), określonej w:

i.pkt 4 lit. b) i c) OPZ (obiekty w Poznaniu – min. 95 obiektów i Wrocławiu – min. 90 obiektów) w zakresie karnetów określonych w pkt 5 lit. a), b), f) i g) OPZ (tj. karnetów A, B, F i G) – liczba obiektów oferowanych przez VanityStyle dla każdego z karnetów A, B, F i G jest mniejsza od minimalnej liczby obiektów wymaganych w Poznaniu (min. 95 obiektów) i we Wrocławiu (min. 90 obiektów) – szerzej w pkt 3.1.1. – 3.1.2. uzasadnienia;

ii.pkt 4 OPZ (**3500 obiektów łącznie**) w zakresie karnetów określonych w pkt 5 lit. b) i g) OPZ (tj. karnetów B i G) - liczba obiektów oferowanych przez VanityStyle dla każdego z karnetów B i G jest mniejsza od liczby obiektów wymaganych na terenie całego kraju (3500 obiektów) – szerzej w pkt 3.1.1. i 3.1.3 uzasadnienia;

b)**dostępu do obiektów także poza godzinami pracy obsługi** zgodnie z pkt 17 OPZ – VanityStyle nie zapewnia dostępu do co najmniej obiektów sieci CityFit oraz JustGym poza godzinami obsługi – szerzej w pkt 3.1.4. uzasadnienia.

2.**naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp**, poprzez pozorne tylko zastosowanie go w stosunku do VanityStyle (faktyczne zaniechanie prawidłowego wezwania VanityStyle), tj. zbyt ogólne (pozorne tylko) wezwanie VanityStyle do złożenia wyjaśnień treści oferty, mimo podejrzenia Zamawiającego co do istnienia konkretnych nieprawidłowości (zasygnalizowanych w piśmie Odwołującego do Zamawiającego, zatem takie podejrzenia co najmniej powinny u Zamawiającego powstać) w ofercie VanityStyle, a następnie zaakceptowanie zdawkowego oświadczenia VanityStyle o spełnianiu wymagań z SWZ niepopartego jakimikolwiek wyjaśnieniami, co spowodowało brak rzeczywistego wyjaśnienia z VanityStyle wątpliwości w zakresie podstaw do odrzucenia oferty VanityStyle, a następnie wybór oferty VanityStyle jako najkorzystniejszej;

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c), pkt 5) Pzp oraz art. 128 ust. 4 oraz art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VanityStyle, podczas gdy:

3.1. VanityStyle w sposób bezprawny i niezgodny z instrukcjami SWZ (nie było w tym przypadku instrukcji: „niepotrzebne skreślić") zaingerował we wzór Formularza ofertowego i **usunął jedno z obowiązkowych oświadczeń**, a w konsekwencji **złożył ofertę niezgodną z SWZ (tj. z warunkami zamówienia),** a także

3.2. VanityStyle **nie złożył wymaganego, obowiązkowego oświadczenia** o wypełnieniu obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i 14 RODO zamieszczonego w pkt 12 Formularza ofertowego**w terminie przewidzianym** na złożenie oferty w Postępowaniu,

a także zaniechanie wezwania VanityStyle do złożenia wyjaśnień co do okoliczności i przyczyn usunięcia (skreślenia) w/w oświadczenia z Formularza ofertowego,

a następnie poprzez wybór oferty VanityStyle jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta VanityStyle w pierwszym rzędzie powinna być odrzucona i nie powinna być oceniana w oparciu o kryteria oceny ofert, a już na pewno nie powinna być najwyżej oceniona zgodnie z SWZ.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

1.2.Odrzucenia oferty VanityStyle;

1.3. Ewentualnie do wniosku z pkt 1.2. powyżej – wezwania VanityStyle do szczegółowych i rzetelnych wyjaśnień w zakresie (i) wymaganej liczby obiektów, (ii) potwierdzenia takiej samej liczby obiektów dla wszystkich karnetów, (iii) zapewnienia dostępu do obiektów także poza godzinami pracy obsługi obiektów, oraz (iv) okoliczności i powodów skreślenia oświadczenia o wypełnieniu obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i 14 RODO;

1.4. Dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, z uwzględnieniem zarzutów niniejszego odwołania;

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Medicover Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w

odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2024 r. (pismo z dnia 18 października 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca VanityStyle sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że wykonawca VanityStyle sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący VanityStyle sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2024 r. (pismo z dnia 1 października 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-2 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2)przejrzysty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VanityStyle, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba wskazuje, iż Zamawiający określił następujące wymagania w pkt 4 lit. b) i c) OPZ: *„Zamawiający wymaga, a Wykonawca zapewni w ramach karnetu sportowego dla każdej z części (Część nr I i II) możliwość skorzystania, bez dodatkowych kosztów, z usytuowanych na terenie całego kraju 3500 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych*

(podpisane aktualne umowy), w tym w szczególności, z minimum: (…)
95 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie miasta Poznania, w których, w co najmniej trzech znajduje się basen o min. długości 25 m.
90 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie miasta Wrocławia, w których, w co najmniej trzech znajduje się basen o min. długości 25 m. (…)".
Zdaniem Odwołującego w zakresie karnetów określonych w pkt 5 lit. a), b), f) i g) OPZ (tj. karnetów A, B, F i G) – liczba obiektów oferowanych przez Przystępującego dla każdego z karnetów A, B, F i G jest mniejsza od minimalnej liczby obiektów wymaganych w Poznaniu (min. 95 obiektów) i we Wrocławiu (min. 90 obiektów) Dodatkowo, w odwołaniu wskazano, że w zakresie karnetów określonych w pkt 5 lit. b) i g) OPZ (tj. karnetów B i G) - liczba obiektów oferowanych przez Przystępującego dla każdego z karnetów B i G jest mniejsza od liczby obiektów wymaganych na terenie całego kraju (3500 obiektów).
W pierwszej kolejności, należy wskazać, iż Przystępujący ani w formularzu ofertowym ani w żadnym innym dokumencie nie wskazał, że produktem oferowanym Zamawiającemu w ramach niniejszego postępowania jest karta FitSport. Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym „karta FitSport jest jednym z dwóch podstawowych produktów oferowanych na rynku standardowo przez VanityStyle sp. z o.o.. Znacznie bardziej „rozbudowanym produktem" jest karta FitProfit (oferuje znacznie większe możliwości jeżeli chodzi o zakres wejść do klubów oraz oferuje wejścia do znacznie większej liczby klubów)".
Izba zważa, iż Odwołujący powołuje się na stronę internetową Przystępującego, wskazującą na liczbę obiektów oferowanych w Poznaniu i we Wrocławiu w ramach konkretnego rodzaju karnetu. I tak w ramach karnetu B i G w przypadku Poznania i Wrocławia, Odwołujący powołuje się na kartę FitSport, z kolei w ramach karnetu A i F zarówno w przypadku Poznania i Wrocławia, Odwołujący powołuje się na kartę FitProfit, wskazując, iż w Poznaniu dla karnetu A i F „Ze 120 obiektów w Poznaniu 36 obiektów nie dopuszcza wielokrotnego korzystania z tego samego obiektu w ciągu dnia", zaś w przypadku Wrocławia dla karnetu A i F „Ze 120 obiektów we Wrocławiu 41 obiektów nie dopuszcza wielokrotnego korzystania z tego samego obiektu w ciągu dnia".
Należy w tym miejscu jednak podkreślić, iż Odwołujący opierając swoje stanowisko m.in. na produkcie Przystępującego o nazwie „FitProfit" i traktując ten produkt jako odpowiednik karnetu A i F, w ocenie Izby, Odwołujący nie zauważa, że Zamawiający nie wymagał wskazania przez Wykonawcę rodzaju produktu (karnetu), jaki oferuje, a jedynie zaoferowania usługi zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia.
Biorąc powyższe pod uwagę, po pierwsze należy zauważyć, że informacje podawane na stronie internetowej Przystępującego stanowią ogólną informację handlową o standardowych rozwiązaniach oferowanych przez Przystępującego i jednocześnie nie stanowią ani kompleksowej informacji o wszystkich rozwiązaniach oferowanych na rynku przez Przystępującego, ani nie stanowią oferty w niniejszym postępowaniu, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący. Tym samym, strona internetowa Przystępującego, na którą powołuje się Odwołujący nie jest stroną „dedykowaną" na rzecz Zamawiającego, a która przecież może powstać na moment świadczenia usługi, co zresztą nigdzie nie jest zabronione jakimikolwiek postanowieniami SWZ. Zresztą sam Odwołujący przedstawił na posiedzeniu dowód, w którym mowa jest o „dedykowanym" adresie, o czym świadczą słowa: „Uprzejmie informujemy Zamawiającego, iż pełna lista dostępnych dla potencjalnych Użytkowników Zamawiającego obiektów i usług dostępna jest pod dedykowanym adresem: ". Po drugie, Izba zważa, iż w ramach karty FitProfit, znajduje się opis: „Wybierz jedną z dwóch wersji karty: z liczbą wejść do różnych obiektów bez limitu w ciągu dnia lub z limitem wejść, który pozwoli Ci zaoszczędzić pieniądze", co wynika z dowodu, stanowiącym załącznik 4g do odwołania. Tym samym, w ocenie Izby, z powyższego wynika, iż w ramach karty FitProfit mamy do czynienia z rożnymi wariantami produktów, a ich konkretna specyfikacja jest dostosowywana do danego klienta (Zamawiającego).
To, jakie limity zostaną zastosowane, a w efekcie z ilu wizyt w danym obiekcie będzie mógł skorzystać użytkownik karty, wynikać będzie z treści umowy zawartej z klientem oraz wybranego pakietu przez użytkownika. Oznacza to, zdaniem Izby, iż w ramach karty FitProfit, Przystępujący na moment świadczenia usługi może spełnić wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego i które będą odpowiadać karnetowi A, F, B i G, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.
Nadto Izba zważa, iż informacja dostępna na stronie internetowej, np. w Kuzi Sport (dowód 4b wniesiony przez Odwołującego w poz. 15) „Użytkownik może skorzystać z jednej wybranej usługi dziennie: Cross trening, Siłownia, Sztuki walki" nie oznacza, jak słusznie zauważa Przystępujący, że „użytkownik nie może skorzystać z drugiej usługi w ogóle, ale nie będzie to możliwe w ramach zarejestrowania jednego wejścia (...) Użytkownik, żeby skorzystać np. dwukrotnie w danym dniu z obiektu, będzie musiał zarejestrować jednak dwa wejścia w obiekcie. Wprowadzenie pojęcia „wejścia" i zdefiniowania jego zakresu (np. czasu usługi, wyjaśnienia czy w ramach wejścia można skorzystać z jednej usługi, czy pakietu usług) w odniesieniu do każdego partnera wynika z konstrukcji umów z partnerami (obiektami współpracującymi)", a Izba powyższe twierdzenia Przystępującego uznała za wiarygodne, a co też nie było

kwestionowane przez Odwołującego.
Tym samym, w ocenie Izby, rację ma Przystępujący, iż „nie sposób przygotować uniwersalną stronę internetową, która będzie zawierać wszystkie zindywidualizowane informacje dot. danej umowy".
Poza tym, Izba zważa za Przystępującym, iż wyszukiwarka obiektów dla karty FitProfit w ramach obiektów na terenie całej Polski uwzględnia dostęp do liczby obiektów w ilości 3500 obiektów w skali kraju (a nie FitSport, jak wskazał Odwołujący na stronie 14 odwołania, w którym widnieje informacja uprawniająca do dostępu do 2200 obiektów). Powyższe potwierdza dowód wniesiony przez Przystępującego w postaci listu referencyjnego Miasta Bielsko-Biała – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z dnia 10 października 2024 r. oraz listu referencyjnego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Rzeszowie z dnia 9 października 2024, z których wynika odpowiednio: „Karty FitProfit wydane przez VanityStyle Sp. z o.o., umożliwiają zgłoszonym użytkownikom korzystanie z ponad 3500 placówek sportowych na terenie całego kraju, 8 razy w miesiącu, co przekłada się na zwiększenie zadowolenia oraz poprawę motywacji Pracowników", „Karty FitProfit wydane przez VanityStyle Sp. z o.o., umożliwiają zgłoszonym użytkownikom korzystanie z ponad 3500 placówek sportowych na terenie całego kraju z nielimitowanej liczby wizyt w tym samym i w rożnych obiektach, co przekłada się na zwiększenie zadowolenia oraz poprawę motywacji Pracowników".
Niezależnie od powyższego, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można Przystępującemu czynić zarzutu w odniesieniu do stanu posiadania obiektów na dzień składania ofert, ponieważ zdaniem Izby najistotniejszą kwestią jest gotowość Wykonawcy do wykonania umowy na dzień jej zawarcia. Przeciwne rozumowanie prowadziłoby do naruszenia jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 ustawy PZP. Potwierdza powyższe wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03, CONTSE S.A., VIVISOL SRL, OXIGEN SALUD SA v. INSTITUTO NACIONAL DE GESTIÓN SANITARIA (INGE, którym wskazano, że *„w kwestii tej Komisja ponownie użyła argumentu, który podniosła odnośnie do przesłanki dopuszczenia, to znaczy, iż wymóg posiadania biur jeszcze przed wykonywaniem umowy jest bezużyteczny i jest nieproporcjonalny".*
W tym miejscu warto również powołać na treść pkt 20 OPZ, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, na który zresztą powołuje się także Odwołujący, zgodnie z którym „Aktualna lista wszystkich dostępnych obiektów i zajęć sportowo-rekreacyjnych będzie zawsze dostępna na stronie internetowej Wykonawcy, a w razie braku strony internetowej Wykonawca zobowiązuje się do przesyłania Zamawiającemu aktualnej listy dostępnych obiektów raz na kwartał."
Biorąc powyższy zapis pod uwagę, w ocenie Izby, w ww. zapisie chodzi o aktualną listę obiektów, która „będzie zawsze dostępna" co oznacza, że powinna być ona dostępna w przyszłości, a więc na etapie wykonywania umowy, a nie na etapie składania ofert. Nie można również tracić z pola widzenia, iż w ramach ww. pkt 20 OPZ, wykonawcy w razie braku strony internetowej mogą przesyłać Zamawiającemu aktualną listę dostępnych obiektów raz na kwartał, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie, a którą tą okoliczność całkowicie pomija Odwołujący. Oznacza to, iż skoro wykonawcy, którzy nie posiadają strony internetowej mogą przesyłać aktualną listę dostępnych obiektów raz na kwartał, to tym samym w ocenie Izby błędna jest argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą, skoro dany wykonawca ma stronę internetową to lista powinna być aktualna już na etapie składania ofert.
Taka interpretacja, jak widzi to Odwołujący, w ocenie Izby prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i tym samym do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP.
Kolejnym zarzutem Odwołującego w ramach zarzutu nr 1, jest zdaniem Odwołującego brak dostępu do obiektów Przystępującego również poza godzinami pracy obsługi, ponieważ w ocenie Odwołującego Przystępujący nie zapewnia dostępu do co najmniej obiektów sieci CityFit oraz JustGym poza godzinami świadczenia obsługi, co ma potwierdzić informacja na stronie 16 odwołania FitProfit w CityFit „Korzystaj w godzinach pracy obsługi: pon -pt: 6:00 – 22:00; sob-nd: 8:00 – 20:00".
Izba zważa, iż zgodnie z pkt 17 OPZ po modyfikacji(zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 9 z dnia 9 sierpnia 2024 r.): „*Zamawiający wymaga, aby karnet uprawniał do dostępu do obiektów w godzinach ich otwarcia, również poza godzinami pracy obsługi*". Jednakże, w ramach powyższego zarzutu należy podkreślić, iż Przystępujący nie składał w ramach niniejszego postępowania oferty, która wskazywałaby na listę obiektów, które miałyby spełniać wymóg pkt 17 OPZ, ze względu na to, iż nigdzie w OPZ nie jest wskazane, że taki dostęp akurat do tych konkretnych obiektów (CityFit, JustGym) jest wymagany, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym. Powyższe potwierdził również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, o czym świadczą słowa: „zgodnie z postanowieniami określonymi w dokumentach postępowania nie wskazywał on, ani nie wymagał przedstawienia przez Wykonawcę podmiotów, w których realizacja usługi zgodnie z wymaganiami pkt. 17 OPZ będzie możliwa".
Tym samym w ocenie Izby, nieprawidłowe jest odniesienie się Odwołującego tylko i wyłącznie do obiektów CityFit oraz JustGym.
Na marginesie Izba zważa, iż w zakresie wymogu Zamawiającego odnoszącego się do informowania go oraz użytkowników o dostępnych obiektach, warto w tym miejscu powołać się na pytanie nr 3 i udzieloną odpowiedź przez

Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2024 r, tj. „*Proszę o doprecyzowanie, czy aktualna lista wszystkich dostępnych obiektów, o której mowa w ust. 20 OPZ (udostępniana na stronie www lub przesyłana raz na kwartał bezpośrednio Zamawiającemu) winna zawierać wyłącznie obiekty spełniające wymagania określone w OPZ, czy też dopuszczalne jest przedstawienie wszystkich placówek współpracujących z Wykonawcą, a zatem obok 3500 obiektów na terenie całego kraju spełniających wymagania Zamawiającego, także tych, które swoim zakresem wykraczają poza przedmiot zamówienia? (np. obiektów z usługami niszowymi, ekskluzywnymi, do których dostęp jest zapewniany wyłącznie na zasadzie rabatu)* . Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „*Zamawiający wymaga aktualnej listy wszystkich dostępnych obiektów i zajęć sportowo-rekreacyjnych, z których może korzystać użytkownik w ramach zaoferowanego karnetu (w tym takie, do których dostęp jest zapewniany wyłącznie na zasadzie rabatu)".*

W związku z powyższym, w ocenie Izby, rację ma Przystępujący, iż w wyniku udzielonej odpowiedzi, Zamawiający „dopuścił by udostępniana lista obiektów, bez względu na jej formę, obejmowała również placówki wykraczające poza przedmiot zamówienia, czyli takie, które wymagań wskazanych w OPZ nie spełniają, o ile użytkownik będzie mógł z nich skorzystać", a co nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się ani niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówieniaani złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Z tego tez względu, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VanityStyle, jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnośnie drugiego zarzutu, gdzie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp, poprzez pozorne tylko zastosowanie go w stosunku do VanityStyle (faktyczne zaniechanie prawidłowego wezwania VanityStyle), tj. zbyt ogólne (pozorne tylko) wezwanie VanityStyle do złożenia wyjaśnień treści oferty, mimo podejrzenia Zamawiającego co do istnienia konkretnych nieprawidłowości (zasygnalizowanych w piśmie Odwołującego do Zamawiającego), zatem takie podejrzenia co najmniej powinny u Zamawiającego powstać) w ofercie VanityStyle, a następnie zaakceptowanie zdawkowego oświadczenia VanityStyle o spełnianiu wymagań z SWZ niepopartego jakimikolwiek wyjaśnieniami, co spowodowało brak rzeczywistego wyjaśnienia z VanityStyle wątpliwości w zakresie podstaw do odrzucenia oferty VanityStyle, a następnie wybór oferty VanityStyle jako najkorzystniejszej, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż w toku prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując: „Zgodnie z ust. 17 Opisu przedmiotu zamówienia: *„Zamawiający wymaga, aby karnet uprawniał do dostępu do obiektów w godzinach ich otwarcia, również poza godzinami pracy obsługi."* Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, czy liczba obiektów spełniających w/w warunek, do których dostęp oferuje Wykonawca, osiąga wymagane przez Zamawiającego minimum, tj. 3 500 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie całego kraju, w tym minimum:

280 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie miasta st. Warszawy, w których, w co najmniej trzech znajduje się basen o min. długości 25 m

95 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie miasta Poznania, w których, w co najmniej trzech znajduje się basen o min. długości 25 m.

90 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie miasta Wrocławia, w których, w co najmniej trzech znajduje się basen o min. długości 25 m.

80 różnych obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie miasta Krakowa, w których, w co najmniej trzech znajduje się basen o min. długości 25 m."

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Przystępujący w dniu 30 sierpnia 2024 r. potwierdził, że „liczba obiektów spełniających warunki określone w postępowaniu, do których dostęp oferuje Wykonawca, osiąga wymagane przez Zamawiającego minimum. Wykonawca jednocześnie podkreśla, że oświadczenie o spełnianiu wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy przez składaną ofertę, złożył w punkcie 4 formularza ofertowego, który to stanowił jeden z dokumentów składowych oferty Wykonawcy. Wykonawca niezmiennie podtrzymuje oświadczenie o wspomnianej treści".

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, iż przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie

uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego.
Biorąc powyższe pod uwagę, należy podkreślić, iż ustawa PZP nie reguluje, jakszczegółowo powinna wyglądać treść wezwania do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. W ocenie Izby ww. wezwanie zawierało konkretne pytanie, czy liczba obiektów spełniających warunek opisany w ust. 17 OPZ, do których dostęp oferuje Wykonawca, osiąga wymagane przez Zamawiającego minimum (Zamawiający podał w pytaniu minimalne liczby, które powinny być spełnione), a co za tym idzie zdaniem Izby sporne wezwanie nie było ani pozorne ani zbyt ogólne, a odpowiedź Przystępującego jasna i konkretna.
Nie można również tracić z pola widzenia, iż w realiach niniejszej sprawy Zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a tym samym nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie ww. warunku, jak również nie żądał listy obiektów, a co za tym idzie w ocenie Izby wystarczające były wyjaśnienia Przystępującego w wyniku, których Zamawiający nie miał już wątpliwości, zwłaszcza, że Przystępujący złożył w pkt 4 formularza ofertowego stanowiący załącznik nr 2 do SWZ, oświadczenie o spełnianiu wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy.
Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.
Odnosząc się do ostatniego zarzutu, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c), pkt 5) Pzp oraz art. 128 ust. 4 oraz art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-2) Pzp, jest on w ocenie Izby niezasadny.
Izba zważa, iż formularz ofertowy w pkt 12 zawierał oświadczenie o wypełnieniu obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 i 14 RODO: „Oświadczamy, że wypełniłem obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskałem w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu", w którym to formularzu Przystępujący skreślił treść tego oświadczenia.
Izba zważa za Przystępującym, iż art. 14 RODO nie miał zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ przekazano wyłącznie dane osób, które pozyskano bezpośrednio od nich, z kolei osoby, których dane zostały przekazane w toku postępowania dysponowały już informacjami, o których mowa w art. 13 RODO.
Tym samym, na podstawie art. 13 ust. 4 RODO, zgodnie z którym „Ust. 1, 2 i 3 nie mają zastosowania, gdy – i w zakresie, w jakim – osoba, której dane dotyczą, dysponuje już tymi informacjami", w ocenie Izby nie było konieczności ponownego wykonywania obowiązku informacyjnego. Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym „dane osobowe osób fizycznych, którzy są pracownikami Wykonawcy nie zostały pozyskane na potrzeby niniejszego postępowania, ponieważ Wykonawca administrował tymi danymi jako pracodawca tych osób oraz osoby te w związku z wykonywanymi czynnościami służbowymi zostały poinformowane, o przekazywaniu ich danych osobowych kontrahentom Wykonawcy".
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała ww. wyjaśnienie Przystępującego za wiarygodne, a co za tym idzie w przedmiotowej sprawie nie zaistniała podstawa wypełnienia obowiązku informacyjnego, o którym mowa w pkt 12 formularza ofertowego.
Nadto Izba zważa, jak już Izba wskazała powyżej, zastosowanie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP ma miejsce w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do treści oferty, a co do których w powyższym zakresie w ocenie Izby, Zamawiający nie miał. A contrario, gdyby Zamawiający je miał, to by wystosował wezwanie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, tak jak to uczynił w wezwaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r.
Natomiast w myśl art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Należy w tym miejscu podkreślić, iż ma on wyłącznie charakter fakultatywny, o czym świadczą słowa: „może żądać", a tym samym zdaniem Izby nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że nie zastosował art. 128 ust. 4 ustawy PZP w przedmiotowym postępowaniu.
Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa „podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiekolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiekolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia" (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.12.2019 r. o sygn. akt KIO 2395/19), a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.
W związku z powyższym, zdaniem Izby, oświadczenie w zakresie obowiązku RODO ma jedynie charakter informacyjny

i nie stanowi treści oferty w ww. znaczeniu, ponieważ nie ma ono wpływu na zakres przyszłego zobowiązania umownego, a tym samym nie wpływa na realizację przedmiotu zamówienia.

Izba zważa, iż w realiach niniejszej sprawy, w ocenie Izby nie zmienia powyższego złożona przez Odwołującego opinia prawna Pana P.B. z dnia 3 kwietnia 2023 r., która co istotne stanowi wyłącznie stanowisko strony.

Z tego też względu, zarzut ten, jest w ocenie Izby niezasadny.

Nadto Izba zważa, iż pozostałe dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..