

WYROK

Warszawa, dnia 22 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S.G. Waterworld, Silvergold.PI S.G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M.G. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet M.K. w Toruniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Umięć Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy Umięć Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku, o którym mowa w pkt IX.1.2) SWZ wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie

i nakazuje zamawiającemu Uniwersytetowi M.K. w Toruniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku wezwanie wykonawcy Umięć Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w pkt IX.1.2) SWZ.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S.G. Waterworld, Silvergold.PI S.G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M.G. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie w części $\frac{1}{4}$ oraz Uniwersytet M.K. w Toruniu w części $\frac{3}{4}$ i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S.G. Waterworld, Silvergold.PI S.G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M.G. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S.G. Waterworld, Silvergold.PI S.G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M.G. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Uniwersytet M.K. w Toruniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od Uniwersytetu M.K. w Toruniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S.G. Waterworld, Silvergold.PI S.G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M.G. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie kwotę 7 425 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące czterysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodnicząca:.....

Uniwersytet M.K. w Toruniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kompleksowe świadczenie usługi, polegającej na: 1) obsłudze technicznej: instalacji technologicznych basenów; instalacji technologicznych urządzeń wentylacyjnych hali basenowej, widowni, basenowych szatni i pomieszczeń technicznych, suszarek w szatniach; instalacji technologicznych łaźni parowej; instalacji technologicznych fontanny w Uniwersyteckim Centrum Sportowym UMK w Toruniu; 2) uzdatnianiu wody basenowej do wskaźników jakości wody zgodnych z obowiązującym podczas świadczenia usługi stanem prawnym, wraz z zakupem i sukcesywną dostawą chemii basenowej; 3) systematycznych i udokumentowanych badaniach jakości wody, prowadzonych zgodnie z zakresem i harmonogramem wynikającym z obowiązującego podczas świadczenia usługi stanu prawnego; 4) usunięciu powłok farby (linie – wyznaczników torów wodnych) wymalowanych w niecce sportowej, wykonanej ze stali nierdzewnej kwasoodpornej oraz ponownego ich wyznaczenia (wymalowania) - podczas przeprowadzanej przerwy technologicznej; 5) zakupie, dostawie oraz kompleksowej wymianie i utylizacji złóż piaskowych oraz hydroantracytu dla 6 filtrów basenowych, zainstalowanych w stacji uzdatniania wody; 6) przeprowadzeniu i obsłudze przerwy technologicznej.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00213534/01 z dnia 21 lutego 2024 r.

W dniu 6 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S.G. Waterworld, Silvergold.PI S.G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M.G. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- dokonaniu dnia 1 marca 2024 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Umięc Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Umięc”), podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną w Postępowaniu i w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,
- prowadzenia negocjacji z Umięc po złożeniu oferty i istotnej, nieuprawnionej ingerencji w treść oferty tego wykonawcy po upływie terminu składania ofert,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez Umięc.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostałych w związku z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp przez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Umięc z uwagi na niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia

w zakresie terminu wykonania zamówienia i nieuprawnionym prowadzeniu negocjacji

z Umięc co do terminu wykonania zamówienia po upływie terminu składania ofert, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na nieuprawnionym potraktowaniu niezgodności oferty Umięc z warunkami zamówienia

w zakresie terminu jego wykonania jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty

z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co doprowadziło do nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe niezastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Umięc

w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd dotyczące spełniania warunku udziału

w Postępowaniu, o którym mowa w punkcie IX.1.2) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną w Postępowaniu i co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania,

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu wezwania Umięc do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług potwierdzającego, że Umięc spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w punkcie IX.1.2) SWZ, wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie usług, w sytuacji gdy usługa wskazana w przedłożonym przez tego wykonawcę wykazie usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w punkcie IX.1.2) SWZ, a przedłożone referencje nie potwierdzają należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie usług.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Umięc jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający:

a) w odniesieniu do zarzutu 1. – odrzuci ofertę Umięc z powodu niezgodności z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty Umięc,

b) w odniesieniu do zarzutu 2. – unieważni czynność poprawienia omyłki w ofercie Umięc,

c) w odniesieniu do zarzutu 3. – odrzuci ofertę Umięc z powodu zaistnienia podstawy do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty Umięc, lub

d) w odniesieniu do zarzutu 4. – wezwie Umięc do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług potwierdzającego, że Umięc spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w punkcie IX.1.2) SWZ, wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie usług.

Odwołujący nie zgodził się z wyborem oferty wykonawcy Umięc jako najkorzystniejszej.

Argumentacja Odwołującego w zakresie zarzutów nr 1 i 2 – tj. zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 223 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią punktu VI.1. SWZ, Zamawiający wymagał realizacji zamówienia przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, lecz nie wcześniej niż od dnia 1 kwietnia 2024 roku. Przedmiotowy zapis był tożsamy z tym, który został zawarty we wzorze Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ. Odwołujący podał, że wykonawca Umięc dokonał ingerencji w treść Formularza ofertowego przygotowanego przez Zamawiającego i wprowadził inny, odmienny od wymaganego termin wykonania zamówienia - wskazał, że będzie wykonywał umowę w konkretnym przedziale czasowym, tj. w terminie od 1 kwietnia 2024 r. do 31 marca 2025 r.

Zamawiający 1 marca 2024 r. poinformował Umięc o „poprawieniu omyłki”, która polegała na modyfikacji punktu 2 Formularza ofertowego Umięc – w miejsce zapisu „Oferujemy wykonanie zamówienia w terminie: od 1 kwietnia 2024 roku do 31 marca 2025 roku.” Zamawiający wpisał „Oferujemy wykonanie zamówienia przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, lecz nie wcześniej niż od dnia 1 kwietnia 2024 roku”. Zdaniem Odwołującego, działanie takie było bezprawne i niedopuszczalne. W przekonaniu Odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym nie było możliwe ingerowanie w treść oferty Umięc przez Zamawiającego.

Powyższe stanowisko Odwołujący oparł na następujących okolicznościach:

1) oferta w zakresie terminu wykonania zamówienia w tym konkretnym przypadku jest istotną częścią oświadczenia woli wykonawcy - zaferowanie tego terminu poprzez wskazanie konkretnych dat (zamiast okresu 12 miesięcy od podpisania umowy, tak jak wymagał tego Zamawiający) mogło mieć wpływ na możliwość zaferowania niższej ceny w Postępowaniu. Świadczenie usług w konkretnym, znanym z góry okresie i jednocześnie najwcześniejszym możliwym okresie (w świetle wymogu SWZ dotyczącego świadczenia usług nie wcześniej niż od 1 kwietnia 2024 r.) jest tańsze – Wykonawca może zaplanować

z góry pracę, zorganizować zespół, nie ponosi ryzyka przedłużania się procesu zawarcia umowy, niepewności związanej z sytuacją na rynku i inflacją. Zaferowanie takiego okresu wykonania umowy jest więc po prostu tańsze, co przy tak niewielkich różnicach cenowych jak w niniejszym Postępowaniu mogło mieć istotne znaczenie. W ocenie Odwołującego, dokonywanie zmian w tym zakresie po upływie terminu składania ofert, gdy znane są już ceny pozostałych ofert (w celu „uratowania” oferty), a więc gdy Wykonawca wie, że jeżeli nie wyraziłby zgody na zmianę, to jego oferta zostałaby odrzucona – stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i stwarza możliwość manipulacji wynikiem Postępowania,

2) wprowadzenie takiej zmiany przez Zamawiającego doprowadziło do istotnej modyfikacji treści oświadczenia woli Umięc – w zakresie jednego z kluczowych elementów zobowiązania, jakim jest termin wykonania zamówienia. W

podobnych okolicznościach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza wydała dnia 25 lipca 2017 r. wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 1443/17. Stwierdzono w nim, że termin wykonania ofert stanowił element przedmiotowo istotny oferty, którego uzupełnienie skutkowałoby zmianą oferty. W sprawie tej Izba potwierdziła ocenę dokonaną przez Zamawiającego, która doprowadziła do odrzucenia oferty wykonawcy i utrzymała decyzję eliminacyjną podjętą przez Zamawiającego,

3)fakt, że termin wykonania zamówienia stanowi istotny element zobowiązania wykonawcy potwierdza orzecznictwo KIO. Poza przywołanym powyżej orzeczeniem

w sprawie KIO 1443/17, na możliwość wyprowadzenia takiego wniosku jednoznacznie wskazywała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, szczególnie w orzeczeniach dotyczących zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, że w uchwale z dnia 9 lipca 2019 r. podjętą w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 47/19 Izba uznała za nietrafną argumentację przedstawianą przez zamawiającego

o nieistotnym charakterze zmiany umowy polegającej na skróceniu terminu realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie Zamawiający traktował termin wykonania zamówienia jako istotny element zobowiązania w chwili sporządzania dokumentacji Postępowania. Do takiego wniosku prowadzi chociażby treść punktu XII.5.1) SWZ, gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał, że Formularz Oferty powinien zawierać

w szczególności zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia,

4)wykonawca Umieć świadomie i celowo zaingerował w treść Formularza ofertowego przygotowanego przez Zamawiającego, co jednoznacznie świadczy o chęci realizacji zamówienia wyłącznie w okresie pomiędzy 1 kwietnia 2024 r. a 31 marca 2025 r.

W ocenie Odwołującego, gdyby Umieć miał zamiar przeciwny, to nie ingerowałby

w treść Formularza ofertowego – Zamawiający zawarł tam przecież zapis: „Oferujemy wykonanie zamówienia przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, lecz nie wcześniej niż od 1 kwietnia 2024 r.”. Modyfikacja świadczy jednoznacznie o chęci zaoferowania wykonania zamówienia w konkretnej dacie, co uniemożliwia potraktowania takiego wypełnienia Formularza ofertowego jako omyłki i co umożliwiło zaoferowanie

w Postępowaniu niższej ceny od konkurencji. Zdaniem Odwołującego, nie sposób wywnioskować, aby intencją Umieć było zaoferowanie realizacji zamówienia w okresie innym niż pomiędzy 1 kwietnia 2024 r. a 31 marca 2025 r., skoro właśnie taki okres został wskazany w Formularzu ofertowym w miejsce treści wymaganej przez Zamawiającego,

5)Zamawiający nie uregulował w treści SWZ przypadku, w którym mógłby w jakikolwiek sposób modyfikować treść terminu wykonania zamówienia w przypadku, w którym wykonawca określa termin realizacji odmiennie od wymagań Zamawiającego. W związku

z tym nie było możliwe zastosowanie jakiegokolwiek mechanizmu automatycznego,

a informacje zawarte w Formularzu ofertowym nie były wystarczające do stwierdzenia, że ma miejsce omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

6)termin związania ofertą w Postępowaniu wynosił 30 dni i ma upłynąć 30 marca

2024 r., a więc przed 1 kwietnia 2024 r., tj. dniem, od którego Umieć zamierzał świadczyć usług. Gdyby Zamawiający nie dostrzegł wskazanego zapisu w treści Formularza ofertowego Umieć, to wykonawca ten mógłby bezpośrednio przed zawarciem umowy twierdzić, że jego intencja została wyrażona przecież w Formularzu ofertowym i zamierza wykonywać zamówienie pomiędzy 1 kwietnia 2024 r. a 31 marca 2025 r., a brak akceptacji takiego stanu rzeczy przez Zamawiającego mógłby doprowadzić do rezygnacji z wykonania zamówienia przez Umieć bez jakichkolwiek konsekwencji w świetle upływu terminu związania ofertą.

Odwołujący stwierdził, że ww. okoliczności świadczą o tym, że ingerencja przez Zamawiającego w zaoferowany przez Umieć termin wykonania zamówienia była niedopuszczalna i doprowadziła do nieuprawnionej negocjacji treści oferty, a także doprowadziła do modyfikacji treści oferty Umieć w istotnym zakresie po upływie terminu składania ofert. Zdaniem Odwołującego, pierwotnie złożona oferta przez Umieć powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na niespełnienie warunków zamówienia określonych w dokumentacji Postępowania.

Jak zauważył Odwołujący, w przedmiotowej sprawie niedopuszczalne było dokonywanie poprawki oferty Umieć na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co wynika w szczególności z tego, że ingerencja Zamawiającego w treść oświadczenia woli Umieć doprowadziła do istotnych zmian w treści oferty tego wykonawcy. Dodatkowo, brak było jakichkolwiek okoliczności, z których można byłoby wywnioskować, że w przedmiotowej sprawie doszło do zaistnienia jakiegokolwiek omyłki.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, doszło do naruszenia 226 ust. 1 pkt 5, art. 223 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie Umieć, odrzucenie tej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu.

Argumentacja dotycząca zarzutów nr 3 i 4 – tj. zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bardzo szczegółowo określił warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia. W szczególności w punkcie IX.1.2) SWZ Zamawiający bardzo szczegółowo opisał wymagania względem usługi konserwacji niecki basenowej. Zamawiający określił wprost minimalny zakres tej usługi. Niezależnie od tego, czy wykonawca zamierzał wykazać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w konfiguracji wskazanej w punkcie IX.1.2) lit. a), czy też IX.1.2) lit. b) SWZ, zakres usług konserwacji niecki basenowej musiał obejmować co najmniej wykonanie następujących czynności:

- wygaszenie, zamknięcie i zabezpieczenie wszystkich urządzeń instalacji technologicznej,
- zabezpieczenie urządzeń pomiarowych i eksploatacyjnych, elektrod pomiarowych/sond pH, redox, chlor, pomp dozujących chemię, wymienniki ciepła, złoże filtracyjne itp.,
- spuszczenie wody z niecki basenowej,
- płukanie filtrów,
- czyszczenie łapaczy włosów przy pompach,
- czyszczenie i dezynfekcja zbiorników przelewowych,
- czyszczenie i dezynfekcja zbiornika popłuczyn,
- czyszczenie ciśnieniowe i dezynfekcja niecki basenowej i kanałów dennych,
- przegląd metodą VT oraz PT połączeń spawanych wraz z konserwacją spawów,
- wykonanie trawienia kwasem powierzchni niecki basenowej i kanałów dennych
- skręcenie kanałów dennych,
- konserwacja niecki basenowej od strony podbasenia,
- konserwacja lin torów pływackich,
- napełnianie basenu wodą i płukanie filtrów,
- rozruch instalacji technologicznych i uzdatnianie wody basenowej,
- badanie wskaźników jakości wody,
- dopuszczenie niecki basenowej do użytkowania.

Odwołujący podniósł, że jest podmiotem aktywnie uczestniczącym w rynku świadczenia usług objętych przedmiotem Zamówienia. Według jego wiedzy, nie jest możliwe, aby usługi wskazane przez Umieć w wykazie usług przedłożonym w Postępowaniu obejmowały swoim zakresem wszystkie czynności, o których mowa powyżej (określone w punkcie IX.1.2) lit. a) i b) SWZ). W szczególności, zdaniem Odwołującego, usługi te nie obejmowały wykonania przeglądu metodą VT oraz PT połączeń spawanych wraz z konserwacją spawów.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w przedstawionym stanie faktycznym doszło do zaistnienia podstawy do wykluczenia Umieć z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż Umieć wskazał w Wykazie usług, który został złożony w Postępowaniu, że usługi te spełniają wymagania określone w punkcie IX.1.2) lit. a) i b) SWZ, pomimo że usługi te nie obejmowały wszystkich czynności wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że jako profesjonalista działający w branży, wykonawca Umieć powinien zweryfikować, czy w istocie wszystkie takie czynności były wykonywane w ramach zamówień wskazanych w Wykazie usług, czego nie uczynił i w związku z czym zaistniała podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Co za tym idzie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, na wypadek, gdyby Izba doszła do wniosku, że nie zostały spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, to w dalszym ciągu usługa wskazana przez Umieć w wykazie usług nie spełnia warunku, o którym mowa w punkcie IX.1.2) SWZ. W takiej sytuacji, jak zauważył Odwołujący, zasadne byłoby wezwanie wykonawcy Umieć do uzupełnienia złożonego wykazu usług poprzez wskazanie w tym wykazie takiej usługi, która

potwierdzałyby spełnianie warunku udziału

w Postępowaniu wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanej

w Wykazie usług. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie dokonał takiej czynności

w Postępowaniu, przez co zasadne jest stwierdzenie naruszenia również art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Umieć.

Pismem z dnia 16 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Zamawiający prowadzi Postępowanie w przedmiocie kompleksowego świadczenia usługi, polegającej na:

- 1) obsłudze technicznej: instalacji technologicznych basenów; instalacji technologicznych urządzeń wentylacyjnych hali basenowej, widowni, basenowych szatni i pomieszczeń technicznych, suszarek w szatniach; instalacji technologicznych łaźni parowej; instalacji technologicznych fontanny w Uniwersyteckim Centrum Sportowym UMK w Toruniu;
- 2) uzdatnianiu wody basenowej do wskaźników jakości wody zgodnych z obowiązującym podczas świadczenia usługi stanem prawnym, wraz z zakupem i sukcesywną dostawą chemii basenowej;
- 3) systematycznych i udokumentowanych badaniach jakości wody, prowadzonych zgodnie z zakresem i harmonogramem wynikającym z obowiązującego podczas świadczenia usługi stanu prawnego;
- 4) usunięciu powłok farby (linie – wyznaczników torów wodnych) wymalowanych w niecce sportowej, wykonanej ze stali nierdzewnej kwasoodpornej oraz ponownego ich wyznaczenia (wymalowania) - podczas przeprowadzanej przerwy technologicznej;
- 5) zakupie, dostawie oraz kompleksowej wymianie i utylizacji złóż piaskowych oraz hydroantracytu dla 6 filtrów basenowych, zainstalowanych w stacji uzdatniania wody;
- 6) przeprowadzeniu i obsłudze przerwy technologicznej (SWZ str. 1).

Zamawiający określił termin realizacji przedmiotu zamówienia wskazując na jego wykonanie „przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, lecz nie wcześniej niż od dnia 1 kwietnia 2024 roku” (SWZ pkt VI ppkt 1).

W pkt IX ppkt 1.2) SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

„wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego wykonawca świadczył przez okres co najmniej 12 miesięcy usługę obsługi technicznej instalacji technologicznej basenu o wartości nie mniejszej niż 350 000,00 zł (słownie złotych: trzysta pięćdziesiąt tysięcy 00/100) brutto oraz wykonał co najmniej jedną usługę konserwacji niecki basenowej, której zakres obejmował co najmniej:

- wygaszenie, zamknięcie i zabezpieczenie wszystkich urządzeń instalacji technologicznej,
- zabezpieczenie urządzeń pomiarowych i eksploatacyjnych, elektrod pomiarowych/sond pH, redox, chlor, pomp dozujących chemię, wymienniki ciepła, złoże filtracyjne itp.,
- spuszczenie wody z niecki basenowej,
- płukanie filtrów,
- czyszczenie łapaczy włosów przy pompach,

- czyszczenie i dezynfekcja zbiorników przelewowych,
- czyszczenie i dezynfekcja zbiornika popłuczyn,
- czyszczenie ciśnieniowe i dezynfekcja niecki basenowej i kanałów dennych,
- przegląd metodą VT oraz PT połączeń spawanych wraz z konserwacją spawów,
- wykonanie trawienia kwasem powierzchni niecki basenowej i kanałów dennych
- skręcenie kanałów dennych,
- konserwacja niecki basenowej od strony podbasenia,
- konserwacja lin torów pływackich,
- napełnianie basenu wodą i płukanie filtrów,
- rozruch instalacji technologicznych i uzdatnianie wody basenowej,
- badanie wskaźników jakości wody,
- dopuszczenie niecki basenowej do użytkowania.

lub

b) co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego wykonawca świadczył przez okres co najmniej 12 miesięcy usługę obsługi technicznej instalacji technologicznej basenu o wartości nie mniejszej niż 350 000,00 zł (słownie złotych: trzysta pięćdziesiąt tysięcy 00/100) brutto

oraz

co najmniej jedno zamówienie na usługę konserwacji niecki basenowej, której zakres obejmował co najmniej:

- wygaszenie, zamknięcie i zabezpieczenie wszystkich urządzeń instalacji technologicznej,
- zabezpieczenie urządzeń pomiarowych i eksploatacyjnych, elektrod pomiarowych/sond pH, redox, chlor, pomp dozujących chemię, wymienniki ciepła, złoża filtracyjne itp.,
- spuszczenie wody z niecki basenowej,
- płukanie filtrów,
- czyszczenie łapaczy włosów przy pompach,
- czyszczenie i dezynfekcja zbiorników przelewowych,
- czyszczenie i dezynfekcja zbiornika popłuczyn,
- czyszczenie ciśnieniowe i dezynfekcja niecki basenowej i kanałów dennych,
- przegląd metodą VT oraz PT połączeń spawanych wraz z konserwacją spawów,
- wykonanie trawienia kwasem powierzchni niecki basenowej i kanałów dennych
- skręcenie kanałów dennych,
- konserwacja niecki basenowej od strony podbasenia,
- konserwacja lin torów pływackich,
- napełnianie basenu wodą i płukanie filtrów,
- rozruch instalacji technologicznych i uzdatnianie wody basenowej,
- badanie wskaźników jakości wody,
- dopuszczenie niecki basenowej do użytkowania”.

Wykonawca Umięc w złożonej ofercie w pkt 2 złożył oświadczenie: „Oferujemy wykonanie zamówienia w terminie: od 1 kwietnia 2024 roku do 31 marca 2025 roku.”.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawca Umięc zadeklarował wykonanie usług:

1. Obsługa urządzeń i instalacji technicznych wraz z ich konserwacją w tym konserwacją stalowych niecek basenowych na rzecz Centrum Sportu w Błoniu w okresie od 30 września 2021 r. do 31 grudnia 2022 r. na kwotę 599 625 zł,

2. Obsługa urządzeń i instalacji technicznych wraz z ich konserwacją w tym konserwacją stalowych niecek basenowych na rzecz Centrum Sportu w Błoniu w okresie od 01 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. na kwotę 657 906,04 zł (Wykaz usług).

Pismem z dnia 1 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Umięć o poprawieniu omyłki w ofercie ww. wykonawcy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w ofercie wykonawcy tj.:

„dot. punkty 2 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ:

jest :

„2. Oferujemy wykonanie zamówienia w terminie: od 1 kwietnia 2024 roku do 31 marca 2025 roku.”

winno być:

„2. Oferujemy wykonanie zamówienia przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, lecz nie wcześniej niż od dnia 1 kwietnia 2024 roku.”.

W dniu 1 marca 2024 r. wykonawca Umięć wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

Izba za niezasadne uznała zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Umięć z uwagi na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia w zakresie terminu wykonania zamówienia i nieuprawnionego prowadzenia negocjacji z ww. wykonawcą co do terminu wykonania zamówienia po upływie terminu składania ofert, a także zarzut dotyczący poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Umięć na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia zakaz prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 ustawy Pzp i art. 187 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne (poza oczywistymi omyłkami pisarskimi i oczywistymi omyłkami rachunkowymi) omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z dyspozycji ww. przepisów jednoznacznie wynika, że ustawa przewiduje wyjątki od zasady niezmienności treści oferty, w tym m.in. w sytuacji, gdy jest możliwe poprawienie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma przy tym swobody w podjęciu decyzji czy zastosować procedurę poprawienia omyłek w treści oferty – w przypadku zaistnienia podstaw do podjęcia takich czynności, zamawiający zobowiązany jest to uczynić.

Izba stwierdziła, że stanowiąca przedmiot sporu niezgodność treści oferty wykonawcy Umięć z dokumentami zamówienia podlega poprawie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, charakter stwierdzonej niezgodności wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że wolą wykonawcy Umięć było zaoferowanie okresu trwania realizacji zamówienia i terminu realizacji zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że dokonana poprawa oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyrażeniu zgody przez wykonawcę Umięć na poprawienie omyłki. Zmiana terminu realizacji zamówienia w sposób, w jaki dokonał tego Zamawiający nie skutkuje też istotnymi zmianami w treści oświadczenia woli wykonawcy Umięć. W złożonej ofercie wykonawca ten wskazał na wykonanie przedmiotu zamówienia

w okresie od 1 kwietnia 2024 do 31 marca 2025 r., a zatem w istocie zadeklarował, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez 12 miesięcy, jak oczekiwał tego Zamawiający. W ocenie Izby, odrzucenie oferty z uwagi na tego rodzaju uchybienie

w przedmiotowym stanie faktycznym byłoby zbytnim formalizmem. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, Izba uznała, że czynność poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Umięć była czynnością prawidłową. Co za tym idzie, nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Umięć na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba nie znalazła również podstaw do twierdzenia, że doszło do negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Umięć. Zamawiający po stwierdzeniu, iż zachodzą podstawy do poprawienia treści oferty, poinformował wykonawcę o dokonanej poprawie, zaś wykonawcę poprawę tę zaakceptował. Nie miały zatem miejsca jakiegokolwiek negocjacje co do ostatecznej treści oferty.

Nie zaistniały także podstawy do twierdzenia, że wykonawca Umięć wprowadził Zamawiającego w błąd przy

przedstawianiu informacji dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, a co za tym idzie, że spełniona została przesłanka wykluczenia wykonawcy Umięc na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W ocenie Izby, nie można w sposób automatyczny z faktu podania w wykazie usług doświadczenia, które mogłoby nie spełniać warunku udziału w postępowaniu wywodzić, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Idąc tym tokiem rozumowania, każdorazowo w przypadku stwierdzenia, że nie wykazano warunku udziału w postępowaniu, dochodziłoby do sytuacji, w której należałoby wykluczyć wykonawcę z powodu przedstawienia (choćby w wyniku lekkomyślności) informacji wprowadzających w błąd, a nie taki jest cel omawianej instytucji.

Izba stwierdziła natomiast, że twierdzenia Odwołującego oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazują, że czynność badania oferty wykonawcy Umięc pod kątem spełniania warunku doświadczenia była przeprowadzona w sposób nieprawidłowy. Treść warunku określonego przez Zamawiającego była jednoznaczna – doświadczenie, którym zobowiązani byli wykazać się wykonawcy musiało obejmować przegląd metodą VT oraz PT połączeń spawanych wraz z konserwacją spawów.

Izba zważyła, że to na wykonawcy ubiegającego się o zamówienie spoczywa obowiązek wykazania, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek. Wykonawca powinien dołożyć starań, aby wykazać zamawiającemu ponad wszelką wątpliwość, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, że jest wykonawcą zdolnym do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie wykonawca Umięc nie wykazał spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej ani składając ofertę, ani na etapie postępowania odwoławczego. Zrealizowania spornego elementu zamówienia, tj. wykonania przeglądu metodą VT oraz PT połączeń spawanych wraz z konserwacją spawów nie potwierdzają w szczególności referencje wystawione przez Centrum Sportu i Rekreacji w Błoniu, dokumentacja postępowania prowadzonego przez Centrum Sportu i Rekreacji w Błoniu (w tym SWZ czy umowa nr 125/2021 zawarta w dniu 30 września 2021 r.), Protokół odbioru wykonanego przeglądu gwarancyjno-serwisowego z dnia 23 sierpnia 2023 r., jak też oświadczenie wykonawcy Umięc o wykonanym przeglądzie i konserwacji połączeń spawanych niecek basenowych z dnia 16 sierpnia 2023 r. Z kolei informacje przekazane przez Centrum Sportu i Rekreacji w Błoniu w dniu 20 marca 2024 r. wskazują jednoznacznie, że jedna z umów, tj. umowa realizowana przez wykonawcę Umięc w okresie 30 września 2021 r. – 31 grudnia 2022 r., nie obejmowała przedmiotowego elementu, co do drugiej zaś umowy wykonywanej w okresie 1 stycznia 2023 r. – 31 grudnia 2023 r. zamawiający nie potwierdził wykonania przeglądu połączeń spawanych oraz ich konserwacji metodami VT i PT.

Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że Zamawiający powinien co najmniej mieć wątpliwości co do doświadczenia wykonawcy Umięc w spornym zakresie. Jednocześnie, zaznaczenia wymaga, że wobec treści warunku udziału w postępowaniu, odstąpienie od badania wszystkich elementów określonych w treści warunku na obecnym etapie postępowania stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.

W tych okolicznościach Izba uznała, że zaistniały podstawy do wezwania wykonawcy Umięc do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w pkt IX.1.2) SWZ na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku $\frac{1}{4}$ i bezzasadne w pozostałej części ($\frac{3}{4}$).

Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części $\frac{1}{4}$, Zamawiającego w części $\frac{3}{4}$. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 14 700 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 100 zł (7 500 zł tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 3 675 zł ($14\,700 \times \frac{1}{4}$).

Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 7 425 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodnicząca:.....