

Sygn. akt: KIO 3742/23

WYROK
z dnia 3 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 29 grudnia 2023 roku
w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
w dniu 12 grudnia 2023 roku przez wykonawcę: **P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INWESTYCJE KAPITAŁOWE PROFIT PIOTR KUC**
ul. Jurajska 277, 32-082 Bolechowice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Infrastruktura Niepołomice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niepołomicach ul. Droga Królewska 2732-005 Niepołomice**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę: **P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INWESTYCJE KAPITAŁOWE PROFIT PIOTR KUC ul. Jurajska 277, 32-082 Bolechowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 317 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące trzysta siedemnaście złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3742/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Infrastruktura Niepołomice Spółka z o.o. z siedzibą w Niepołomicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Kompleksowa obsługa w zakresie ratownictwa wodnego Krytej Pływalni w Niepołomicach” nr referencyjny ZP.IN.271.7.2023, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej jako „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 listopada 2023 roku pod numerem 2023/BZP 00492659/01.

W dniu 12 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inwestycje Kapitałowe Profit P.K. ul. Jurajska 277 32-082 Bolechowice, zwanego dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z dokumentami zamówienia, które przewidywały, że wartość wyliczona w tabeli winna być tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia, zaś oferta wykonawcy Fundacja D. T. Sport zawiera dwie różne ceny,
 - tj. cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia w wysokości 405.233,55 zł
 - oraz całkowitą wartość oferty, wskazaną w kolumnie 5 tabeli formularza ofertowego, w wysokości 383.843,55 zł, co w konsekwencji narusza zasady przejrzystościoraz świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji;

- 2.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe zaniechanie wykluczenia
- z postępowania wykonawcy Fundacja D.T. Sport, podczas gdy z dokumentów zamówienia, a to załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia wynikał obowiązek złożenia oświadczenia dotyczącego istnienia przesłanek wykluczenia
 - z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Ustawy prawo zamówień publicznych i wykonawca Fundacja D.T. Sport złożył oświadczenie
 - o istnieniu przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych,
 - a jednocześnie nie zachodziła żadna z negatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w szczególności nie można uznać za udowodnione przez wykonawcę Fundację D.T. Sport spełnienie przesłanek, przewidzianych w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe zaniechanie wykluczenia
- z postępowania wykonawcy Fundacja D.T. Sport, podczas gdy z dokumentów zamówienia, a to załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia wynikał obowiązek złożenia oświadczenia dotyczącego istnienia przesłanek wykluczenia
 - z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Ustawy prawo zamówień publicznych, a wykonawca Fundacja D.T. Sport w wyniku zamierzonego działania lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, wskazując wyłącznie jedną umowę, którą wykonał nienależycie (nr 16/K/2021 z Gminą Bukowno) i jednocześnie zaniechaniu przedstawienia informacji o: - wypowiedzeniu przez zamawiającego,
 - z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy nr 1/12/2021 na świadczenie usług ratownictwa wodnego w krytej pływalni przy ul. Wrzosów 2 w Krapkowicach oraz świadczenie usług ratownictwa wodnego na basenie odkrytym przy ul. Olimpijskiej I
 - w Krapkowicach; - wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy IA/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Orka przy ul. Młynarskiej 17 w Radomiu oraz umowy nr IB/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Delfin przy ul. Piastowskiej7 w Radomiu; - odstąpieniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, od umowy
 - o świadczenie usługi w zakresie bezpieczeństwa osób kąpiących się, utrzymania czystości, ład i porządku oraz prowadzenia działań w zakresie edukacji i profilaktyki dotyczących bezpieczeństwa na obszarach wodnych na kąpielisku: „Owocowa Plaża” w Zborowie;
- 4.naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty wykonawcy Fundacji D.T. Sport jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji brak wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnieni odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy Fundacja D.T. Sport Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty;
- 2)zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa advokackiego, według norm przepisanych.

Odwołujący oświadczył, że jest podmiotem, który brał udział w przedmiotowym postępowaniu i złożył w nim ofertę, w związku z czym ma on interes w uzyskaniu zamówienia. Dokonana przez zamawiającego zaskarżona czynność, polegająca na wyborze oferty Fundacji D. T. Sport, prowadzić będzie po stronie odwołującego do powstania szkody, rozumianej jako brak wynagrodzenia wskutek braku udzielenia zamówienia. Wobec powyższego, odwołujący jest uprawniony do zainicjowania niniejszego postępowania.

Zgodnie z formularzem oferty, stanowiącym załącznik nr 10 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, „wartość wyliczona w tabeli winna być tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia”. Oferta wykonawcy Fundacji D. T. Sport zawiera natomiast dwie różne ceny. Jako cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia wykonawca podał cenę w wysokości 405.233,55 zł. Z kolei w tabeli formularza oferty, w kolumnie 5 tabeli wskazał całkowitą wartość oferty (jako iloczyn szacunkowej ilości godzin 10695 oraz ceny jednostkowej za 1h pracy ratownika w wysokości 35,89 zł) w kwocie 383.843,55 zł. Powyższe jednoznacznie świadczy o złożeniu przez wykonawcę oferty zawierającej dwie różne ceny.

Co więcej, z treści oferty nie wynikają żadne dane, które pozwoliłyby na jednoznaczne ustalenie, która z cen jest ceną prawidłową. Taka treść oferty jest niezgodna z wymaganiami przewidzianymi w ww. dokumentach zamówienia, a

zaniechanie jej odrzucenia oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób, który

nie zapewnia przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Powyższa argumentacja znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1040/21, zgodnie z którym „W ocenie Izby doszło

do złożenia dwóch ofert - bowiem zaoferowano dwie różne ceny za realizację zamówienia. W świetle powyższego, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Skoro Wykonawca M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.B.W. złożył dwie oferty w postępowaniu, jest to niezgodne z art. 218 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt przewidzenia przez zamawiającego fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikający z obowiązku złożenia oświadczenia dotyczącego ww. przesłanek wykluczenia z postępowania. Obowiązek ten nie wynika bezpośrednio z treści ogłoszenia o zamówieniu czy Specyfikacji Warunków Zamówienia, jednak stosowne oświadczenie zostało zawarte w dokumentach zamówienia, tj. załączniku nr 3 do SWZ, gdzie każdy z wykonawców zobowiązany był do złożenia następującego oświadczenia: „Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia

z postępowania na podstawie art. . . ustawy Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5

i 7-10 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze i zapobiegawcze.

Oczywistym jest, że ww. fakultatywne przesłanki wykluczenia nie muszą być przez zamawiającego przewidziane w danym postępowaniu. Jak wynika z art. 109 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy

na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu

lub dokumentach zamówienia. Załączniki do specyfikacji warunków zamówienia stanowią

jej integralną część i jednocześnie stanowią jeden z dokumentów zamówienia. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że zastrzeżenie wymogu złożenia oświadczenia

o podleganiu wykluczeniu na podstawie m.in. art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarte w załączniku do specyfikacji warunków zamówienia, spełnia wymóg wskazany w art. 109 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastrzeżenie wymogu złożenia ww. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału, zostało przewidziane w pkt 9.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia i zgodnie

z opisem tam zawartym, miało stanowić wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Dokonując oceny wymogu złożenia

ww. oświadczenia przewidzianego w załączniku nr 3 do SWZ, zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, należy dojść do jednoznacznego wniosku, że zamawiający przewidział możliwość wykluczenia z udziału w postępowaniu m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby bowiem nie przewidywał wykluczenia

na ww. podstawie, to oświadczenie to w ogóle nie znalazłoby się w dokumentach zamówienia lub przyjęłoby inną formę.

Wymóg ten był jednoznacznie rozumiany także przez wykonawców, którzy złożyli stosowne oświadczenia w tym zakresie, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ. Oświadczenie takie złożył także wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Fundacja D.T. Sport. Wobec powyższego, należy ocenić, czy oferta złożona przez wykonawcę Fundację D. T. Sport, zawierająca ww. oświadczenie

o podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych winna skutkować wykluczeniem, pomimo powołania się na zaistnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy, świadczących o dokonaniu samooczyszczenia.

W powyższej ocenie za najbardziej przydatne należy uznać dotychczasowe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a to: - wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. KIO 256/22,

w którym przesądzono, iż okoliczności związane z niezrealizowaniem przez wykonawcę Fundację D. T. Sport zamówienia na rzecz MOSiR Bukowno, które zostało wskazane

w oświadczeniu ww. wykonawcy w niniejszym postępowaniu, spełniały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo

zamówień publicznych; - wyrok z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 907/22, w którym ustalenia poczynione w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO 256/22 zostały potwierdzone i ponownie przyjęte przez Izbę za własne. Rozważając skuteczność powołania się przez wykonawcę Fundację D.T. Sport na przesłanki z art. 110 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że wykonawca ten nie udowodnił,

że podjęte przez niego czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, przy: uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności jego czynu, związanego z nienależytym wykonaniem zamówienia na rzecz MO SiR Bukowno. Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych

ze swoim nieprawidłowym postępowaniem. Tymczasem w złożonym oświadczeniu, wykonawca wskazał jakie okoliczności doprowadziły do niewykonania umowy, jednak

nie wskazał na swoje nieprawidłowe postępowanie i w dalszym ciągu nie poczuwa

się w żadnym stopniu do odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, co przesądza o braku spełnienia przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, przedłożony przez wykonawcę projekt warunkowej umowy zlecenia oraz regulamin świadczenia usług ratowniczych przez ratowników (bez wskazania daty jego wejścia w życie) należy uznać za niewystarczające dla oceny czy podjęte działania naprawcze

i wprowadzone zmiany, na które powołuje się wykonawca byłyby odpowiednie dla uniknięcia wystąpienia podobnych sytuacji w przyszłości.

Ponadto, z zawiadomienia Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie o wyniku postępowania z dnia 17 maja 2023 r., nr NP.26.2.24.23.DO, wynika jednoznacznie,

że wykonawca Fundacja D. T. Sport celowo wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału

w postępowaniu, nie przedstawiając informacji o innych przypadkach braku wykonania

lub nienależytego wykonania zamówień, o których mowa w ww. zawiadomieniu, a to o: - wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy

nr 1/12/2021 na świadczenie usług ratownictwa wodnego w krytej pływalni przy ul. Wrzosów 2 w Krapkowicach oraz świadczenie usług ratownictwa wodnego na basenie odkrytym przy ul. Olimpijskiej 1 w Krapkowicach; - wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy IA/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Orka przy ul. Młynarskiej 17 w Radomiu oraz umowy nr IB/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Delfin przy ul. Piastowskiej 17

w Radomiu; - odstąpieniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport,

od umowy o świadczenie usługi w zakresie bezpieczeństwa osób kąpiących się, utrzymania czystości, ładu i porządku oraz prowadzenia działań w zakresie edukacji i profilaktyki dotyczących bezpieczeństwa na obszarach wodnych na kąpielisku: „Owocowa Plaża”

w Zborowie.

Powyższe świadczy o zaistnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy Fundacji D.T. Sport

na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewidzianych przez zamawiającego w załączniku nr 3 do SWZ. Z uwagi na powyższe zarzuty należy uznać, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Fundacja D. T. Sport, zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż oferta

ta, jak wykazano powyżej, podlegała odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 21 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł on o oddalenie odwołania, przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia

oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie postawionych zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. naruszenia art. 226 ust.1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z dokumentami zamówienia, które przewidywały, że wartość wyliczona w tabeli winna być tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia, zaś oferta wykonawcy Fundacja D.T. Sport zawiera dwie różne ceny, tj. cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia w wysokości 405.233,55 zł oraz całkowitą wartość oferty, wskazaną w kolumnie 5 tabeli formularza ofertowego, w wysokości 383.843,55 zł, co w konsekwencji narusza zasady przejrzystości oraz świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Natomiast stosownie do art. 218 ust. 1 i 2 Pzp Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Z kolei, na mocy art.16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Odwolujący buduje zarzut w oparciu o założenie, że wykonawca Fundacja D.T. Sport złożył ofertę zawierającą dwie różne ceny. Ponadto, z treści oferty nie wynikają żadne dane pozwalające na ustalenie, która z cen jest prawidłowa, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z wymaganiami przewidzianymi w dokumentach zamówienia, a zaniechanie odrzucenia tej oferty i wybór jako najkorzystniejszej, świadczy o prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji. Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Izba, dokonując oceny czynności Zamawiającego, jako punkt wyjścia przyjęła ocenę, czy na podstawie danych zawartych w ofercie, można w sposób jednoznaczny ustalić, która z cen została obliczona w sposób prawidłowy.

Analiza treści oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport, wykazała, że zarzut Odwołującego, zgodnie z którym z treści oferty nie wynikają żadne dane pozwalające na ustalenie, która z cen jest ceną prawidłową, nie znajduje potwierdzenia.

Z tabeli zawartej w ofercie, opartej o wyliczenie całkowitej wartości oferty z uwzględnieniem szacowanej ilości godzin w okresie realizacji umowy oraz o zaoferowaną cenę jednostkową za 1 godzinę pracy ratownika, wynika że właściwą jest cena w wysokości: 383 843,55 zł.

Dodać należy, że każdy wykonawca zobowiązany był do podania ceny jednostkowej za 1 godzinę pracy ratownika, która następnie miała stanowić podstawę do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy (§ 4 ust. 1 Projektu umowy).

Nie można również pominąć wymogu Zamawiającego zawartego w Formularzu ofertowym, że: *wartość wyliczona w tabeli winna być tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia.*

W okolicznościach niniejszej sprawy, w której w ofercie wykonawcy Fundacja D.T. Sport (co nie jest sporne) zostały wskazane dwie różne wartości ceny, jedna zgodna z wyliczeniem na podstawie danych zawartych w tabeli dla obliczenia ceny a druga, nie znajdująca uzasadnienia w treści oferty, Zamawiający musiał dokonać oceny zaistniałego stanu faktycznego.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Fundacja D.T. Sport złożył dwie różne ceny, co skutkuje koniecznością odrzucenia jego oferty.

Odwołujący, pomija jednak obowiązek nałożony przez ustawodawcę na Zamawiającego w art. 223 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odwołujący nie dostrzega również, że Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2023 roku dokonał poprawienia powyższej omyłki, kwalifikując ją jako omyłkę pisarską, uznając za prawidłową cenę w wysokości 383 843,55. Zamawiający w treści pisma wskazał:

Zamawiający (...) działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (...) zawiadamia, że w złożonej przez wykonawcę ofercie poprawił omyłki w następujący sposób:

Opis omyłki

W formularzu oferty wykonawca wskazał całkowitą wartość oferty w wysokości 383 843, 55 i tę wartość winien wskazać jako wartość oferty (po dokonaniu wyliczeń na podstawie tabeli w SWZ przez Zamawiającego). Natomiast w wierszu gdzie ta wartość winna być przeniesiona z tabeli, wykonawca wskazuje inną cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia w wysokości: 405 233,55 PLN (słownie złotych czterysta pięć tysięcy dwieście trzydzieści trzy złote 55/100 gr)

Sprostowanie:

Z uwagi na wytyczne Zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty (zgodnie z tabelą do wyliczeń), Zamawiający poprawia oczywistą omyłkę pisarską wskazując zgodnie z obliczeniami wykonawcy cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia

[zł brutto] 383 843,55 zł (słownie złotych: trzysta osiemdziesiąt trzy tysiące osiemset czterdzieści trzy złote 55/100) i tą wartość przyjmuje jako cenę oferty.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Przy ocenie powyższego sporu, Izba nie mogła zatem pominąć okoliczności, że Zamawiający dokonał poprawienia rozbieżności w zakresie cen w ofercie wykonawcy Fundacja D.T. Sport, doprowadzając do stanu, w którym nie tylko mamy do czynienia z jedną ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale wartość wyliczona w tabeli jest tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia, pomimo tego, że czynność poprawienia oferty nie została przez Odwołującego zaskarżona.

Co więcej, Izba w całości podziela powyższe stanowisko Zamawiającego, uznając je za zasadne. Zgodzić się należy również ze stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, iż w orzecznictwie powyższą sytuację traktuje się jako oczywistą omyłkę pisarską, cytując za P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2023, art. 223.:

Zgodnie z wyrokiem KIO z 29.07.2021 r., KIO 1716/21, LEX nr 3260782: „Zauważenia wymaga, iż przez omyłkę pisarską uznaje się niezamierzoną niedokładność nasuwającą się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, np. błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (por. wyr. SO w Gdańsku z 27 czerwca 2008 r., XII Ga 206/08). Za oczywistą uznaje się omyłkę, która jest wyraźnie zauważalna, nie budzi wątpliwości i jest możliwa do poprawy w jeden sposób, bez potrzeby dokonywania przez zamawiającego dodatkowych ustaleń, czy pozyskiwania wyjaśnień od wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska dotyczy zatem takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a oczywistość omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się każdemu, a przez dokonanie poprawy tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Poprawa omyłki polega na

wprowadzeniu zmian skutkujących przywróceniem zamierzonego brzmienia, w miejsce omyłkowego, nie może przy tym prowadzić do doprowadzenia do zaoferowania innego przedmiotu zamówienia, do zmiany oświadczenia woli wykonawcy". W cytowanym wyżej wyroku KIO uznała, że oczywiście omyłką pisarską jest błędne przepisanie wartości netto i brutto z tabeli do formularza ofertowego: „W okolicznościach sprawy zauważenia wymaga, że Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ został wypełniony przez Wykonawcę w ten sposób, że w pkt 1 zawierał sformułowanie: «1. Oferuję/my wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SWZ za cenę brutto: 590 400 zł w tym należny podatek VAT, netto: 480.000,00 – obliczoną zgodnie z poniższą tabelą:» Tymczasem w tabeli w poz. 1 i poz. Ogółem podał, jako wartość netto, kwotę 410 000, stawkę VAT 23% i kwotę 504 300, jako wartość brutto. Natomiast w poz. 2 i 3 jako wartość netto i brutto podał 0. Oznacza to, że jest oczywiste że oferta zawiera omyłkę, przy czym nie chodzi o omyłkę rachunkową. Działania matematyczne w tabeli są prawidłowe tj. wielkość podana w poz. ogółem odpowiada sumie wartości podanych w tabeli. Doszło zatem do omyłki pisarskiej, polegającej na wpisaniu nad tabelą kwoty niezgodnej z tabelą, pomimo, iż zgodnie z SWZ wykonawca był zobowiązany, i takie stwierdzenie zawiera jego oświadczenie nad tabelą”.

W powyższych okolicznościach, z uwagi na poprawienie przez Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp zaistniałych rozbieżności w zakresie cen, za niezasadny należy uznać zarzut Odwołującego podniesiony w pkt pierwszym petitum odwołania. Zarzut, że oferta wykonawcy Fundacja D.T. Sport zawiera dwie różne ceny oraz że jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia nie znajduje już uzasadnienia w okolicznościach faktycznych postępowania.

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszył zasad udzielania zamówień publicznych, na które wskazuje Odwołujący, bowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która zawierała jedną cenę, obliczoną zgodnie z założeniami określonymi przez Zamawiającego.

Zauważenia wymaga również to, że Odwołujący nie zaskarżył czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywiście omyłki pisarskiej, czym przyznał rację Zamawiającemu.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt drugim i trzecim petitum odwołania Izba odniosła się łącznie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Fundacja D.T. Sport, podczas gdy z dokumentów zamówienia wynika obowiązek złożenia oświadczenia dotyczącego istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i pkt 7-10 Pzp, a wykonawca ten oświadczył że istnieją wobec niego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp a jednocześnie nie można uznać za udowodnione spełnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 Pzp. Ponadto Odwołujący zarzuca naruszenie art. 226 ust. 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Fundacja D.T. Sport podczas gdy z dokumentów zamówienia wynikał obowiązek dotyczący złożenia oświadczenia dotyczącego istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Pzp, a wykonawca Fundacja D.T. Sport w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, wskazując wyłącznie jedną umowę, którą wykonał nienależycie przy jednoczesnym zaniechaniu przedstawienia informacji o innych takich umowach.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków

dowodowych.

Z kolei, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W ocenie Izby, również powyższe zarzuty zostały postawione bez pełnej znajomości i analizy dokumentacji postępowania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania określone w art. 109 ust. 1 Pzp należą do fakultatywnych podstaw wykluczenia. Oznacza to, że aby Zamawiający mógł dokonać wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o wskazane w art. 109 ust. 1 podstawy, to zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp, okoliczności te muszą zostać przewidziane przez Zamawiającego, ze wskazaniem konkretnych przesłanek wykluczenia, oraz muszą zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W przeciwnym wypadku, Zamawiający nie będzie mógł dokonać wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 Pzp.

W treści ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/BZP 00492659/01 z dnia 2023-11-14, w pkt 5.1) Zamawiający wyraźnie wskazał, że nie przewiduje fakultatywnych podstaw wykluczenia: 5.1.) *Zamawiający przewiduje fakultatywne podstawy wykluczenia: Nie.*

Powyższe przesądza o braku możliwości wykluczenia wykonawcy z niniejszego postępowania na podstawie którejkolwiek z podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie mógł zatem wykluczyć wykonawcy Fundacja D.T. Sport na podstawie fakultatywnych podstaw wykluczenia, bowiem taką okoliczność wyraźnie wykluczył w ogłoszeniu. Sam Odwołujący przyznał w treści odwołania, że również z postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia nie wynikał bezpośrednio obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnych podstaw wykluczenia. Jednakże obowiązek taki Odwołujący wywodzi z treści wzoru oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023r. poz. 1605) (dalej jako: ustawa Pzp), dotyczącego: Przesłanek Wykluczenia z Postępowania oraz Spełniania Warunków Udziału w Postępowaniu.

Izba wskazuje, że pomimo tego że wzór powyższego oświadczenia mógł sugerować wykonawcom konieczność jego wypełnienia w okolicznościach gdy zaszyły przesłanki wykluczenia z art.109 ust.1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, a wykonawca korzysta z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, okolicznością przesądzającą o możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 Pzp, jest konieczność jej przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykluczył możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnych podstaw wykluczenia, zatem zarzuty podniesione w pkt drugim i trzecim petitum odwołania nie mogły zostać uwzględnione.'

Izba dodaje jednak, że jeżeli Zamawiający opracowuje wzory oświadczeń, których wypełnienia i złożenia w postępowaniu oczekuje od wykonawców, to powinny być one dostosowane do wymagań określonych w danym postępowaniu. Powinny być jasne i przejrzyste a także stanowić narzędzie ułatwiające prawidłowe przygotowanie oferty. To na Zamawiającym ciąży obowiązek opracowania ich w taki sposób, aby ich treść nie wprowadzała wykonawców w błąd co do warunków i wymagań, którym muszą oni sprostać.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt czwartym petitum odwołania, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Fundacja D.T Sport jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji brak wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołujący nie wykazał, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił na podstawie innych kryteriów oceny ofert, niż

te, które zostały określone w treści dokumentów zamówienia, ani że oferta uznana za najkorzystniejszą nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu lub, że nie jest to oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: