

**Sygn. akt: KIO 1442/19**

**WYROK**  
**z dnia 9 sierpnia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2019 roku przez wykonawcę OK System Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tauron Polska Energia spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie, Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, Tauron Ciepło spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Tauron Sprzedaż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Tauron Sprzedaż GZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, Tauron Wydobycie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie, Tauron Obsługa Klienta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Tauron Ekoenergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze, Tauron Dystrybucja Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Tauron Dystrybucja Pomiary spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, Bioeko Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, Kopalnia Wapienia Czatkowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krzeszowicach, Wsparcie Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, Tauron Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Nowe Jaworzno Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie

przy udziale wykonawcy Benefit Systems spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1442/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę OK System Polska spółka akcyjna 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 OK System Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Tauron Polska Energia spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach działający we własnym imieniu oraz na podstawie udzielonych pełnomocnictw działając w imieniu i na rzecz następujących spółek należących do Grupy Tauron: Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie, Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, Tauron Ciepło spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Tauron Sprzedaż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Tauron Sprzedaż GZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, Tauron Wydobycie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie, Tauron Obsługa Klienta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Tauron Ekoenergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze, Tauron Dystrybucja Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Tauron Dystrybucja Pomiary spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, Bioeko Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, Kopalnia Wapienia Czatkowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krzeszowicach, Wsparcie Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, Tauron Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Nowe Jaworzno Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zamówienie sektorowe o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) pod nazwą *Usługi rekreacyjno-sportowe na podstawie pakietów abonamentowych dla pracowników Grupy TAURON.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2019 roku pod numerem 2019/S 072-170671.

26 lipca 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego

polegających na:

- wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Benefit Systems spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Benefit Systems),
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Benefit Systems, pomimo podania przez tego wykonawcę w treści oferty nieprawdziwych informacji i zapewnienia w ofercie, że liczba obiektów oferujących łącznie zajęcia basen oraz siłownia (tj. oferujące zarówno zajęcia na basenie jak i na siłowni) w danej lokalizacji (mieście) podana w „OŚWIADCZENIU WYKONAWCY I” jest zgodna ze stanem faktycznym, podczas gdy z ogólnie dostępnych informacji wynika, iż w części lokalizacji (miejscowości) nie ma w ogóle obiektów oferujących zajęcia na basenie a w pozostałych lokalizacjach faktyczna liczba obiektów oferujących tylko zajęcia na basenie jest mniejsza od zadeklarowanej przez Benefit Systems liczby obiektów mających oferować zajęcia zarówno na siłowni jak i na basenie,
- zaniechaniu wezwania Benefit Systems do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
- zaniechaniu uznania oferty Benefit Systems za odrzuconą,
- zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 138k ustawy w zw. z pkt. 4.2.7.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) przez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy Benefit Systems do wyjaśnienia treści złożonej oferty w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy w zakresie ilości obiektów oferujących zajęcia basen oraz siłownia w wyszczególnionych w załączniku nr 8 do SIWZ lokalizacjach, jest sprzeczna z rzeczywistą ilością obiektów w tych miejscowościach,
- 2) art. 138m ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz pkt 3.2.5. SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Benefit Systems wskutek zapewnienia w treści oferty, że liczba obiektów objętych ofertą wykonawcy oferujących zajęcia basen oraz siłownia w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY I” jest zgodna ze stanem faktycznym, podczas gdy w rzeczywistości w części lokalizacji (miejscowości) nie ma w ogóle obiektów oferujących zajęcia na basenie, a w pozostałych lokalizacjach faktyczna liczba obiektów oferujących tylko zajęcia na basenie jest mniejsza od zadeklarowanej przez Benefit Systems liczby obiektów mających oferować zajęcia zarówno na siłowni jak i na basenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, wykluczenie wykonawcy Benefit Systems z postępowania z powodów

opisanych w odwołaniu, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych dla oceny kryteriów oceny ofert, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wnieśli o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazali, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiły wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w związku z przedstawionymi wyżej naruszeniami przez Zamawiającego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w dniu 7 czerwca 2019 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Usługi społeczne i inne szczególne usługi — zamówienia sektorowe, o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych pod nazwą *Usługi sportowo-rekreacyjne na podstawie pakietów abonamentowych dla pracowników Grupy TAURON*. Zamawiający w SIWZ szczegółowo opisał tryb postępowania, warunki udziału wykonawców oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 17 lipca 2019 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON pod adresem <http://swoz.tauron.pl> Zamawiający umieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu uznano ofertę Benefit Systems. W ocenie Zamawiającego wybrana oferta odpowiada wszystkim wymaganiom w ustawie oraz SIWZ i jest najkorzystniejsza na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert. W ocenie Odwołującego, wybór oferty wykonawcy Benefit Systems został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy oraz zasad określonych przez Zamawiającego w ramach zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, szczegółowo opisanego dla tego postępowania w SIWZ.

Odwołujący podał w uzasadnieniu, że w pkt. 4.5 SIWZ Zamawiający wskazał opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Na ocenę ofert składały się dwa kryteria, A oraz B. W Kryterium A, maksymalna liczba punktów jaką mogła osiągnąć oferta wykonawcy wynosi 70 pkt. Na kryterium B, składa się liczba obiektów oferujących określone usługi sportowo rekreacyjne. W tym kryterium wykonawcy mogli otrzymać maksymalnie 30 punktów. Na Kryterium B składała się suma punktów przyznana za:

- ogólną liczbę wszystkich obiektów (maksymalna ilość punktów 8) oraz
- liczbę obiektów oferujących siłownię oraz basen w określonej miejscowości zadeklarowana na podstawie oświadczenia wykonawcy zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ (maksymalna ilość punktów 22).

Załączniki nr 8 do SIWZ „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY I”, w tabeli w pkt 2 „Liczba obiektów objętych ofertą Wykonawcy oferujących następujące zajęcia: basen oraz siłownia w następujących lokalizacjach” wymieniał miejscowości, dla których wykonawca ma złożyć oświadczenie o liczbie obiektów spełniających warunki dla tego kryterium.

Zdaniem Odwołującego, dla potrzeb oceny ofert w postępowaniu, kryterium to jest spełnione jedynie w sytuacji przedstawienia przez wykonawcę w oświadczeniu obiektów oferujących łącznie usługę basen oraz siłownię. Odwołujący argumentował, że taki sposób interpretacji przyjętego kryterium potwierdził Zamawiający w dniu 18 czerwca 2019 r. w odpowiedzi na pytania wykonawcy do treści SIWZ. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 6 - „Zamawiający informuje, iż warunkiem koniecznym uzyskania punktów w omawianym kryterium jest posiadanie w danej lokalizacji obiektów oferujących zarówno zajęcia na siłowni jak i na basenie. Lokalizacje (miasta), w których dostępna jest tylko jedna usługa (basen lub siłownia) nie będą punktowane”.

Zamawiający dokonał oceny ofert we wskazanym kryterium zgodnie z przedstawionymi przez wykonawców oświadczeniami. Odwołujący zauważył, że różnica między wykonawcami, którzy złożyli ofertę, przy kryterium B w zakresie ogólnej liczby wszystkich obiektów oferujących usługi sportowo-rekreacyjne w Polsce jest minimalna i wynosi jedynie 4,3%, co przekłada się na 0,35 punktu. Przy ocenie kryterium za liczbę obiektów oferujących siłownię oraz basen Zamawiający bezkrytycznie przyjął przedstawioną przez wykonawców liczbę obiektów, nie zwracając uwagi na daleko idącą dysproporcję w liczbie obiektów w przedłożonych oświadczeniach.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 138k ustawy w zw. z pkt. 4.2.7.1, SIWZ Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne sam określa sposób jego przeprowadzenia kierując się zasadami równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności. Przepisy ustawy — prawo zamówień publicznych, przy postępowaniach na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie przewidują możliwości zastosowania m.in. przepisu art. 26 ust.3 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu SIWZ w sposób szczegółowy opisywała procedurę udzielenia zamówienia. Zgodnie z pkt. 4.2.7.1. SIWZ, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert. Wykonawca Benefit Systems przedstawił Zamawiającemu oświadczenie o ilości obiektów, które mają oferować zajęcia basen oraz siłownia. Biorąc pod uwagę przedstawioną wyżej dysproporcję w deklarowanej ilości

obiektów podlegających ocenie w ramach omawianego kryterium, w opinii Odwołującego Zamawiający winien wezwać wykonawców uczestniczących w postępowaniu do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonego oświadczenia. Za koniecznością wezwania do złożenia wyjaśnień przemawiała przede wszystkim relacja różnicy w liczbie wszystkich obiektów w Polsce w kryterium A do różnicy w liczbie obiektów wykazanych do kryterium B. Różnica w kryterium A jest niewielka, co może przemawiać za błędną interpretacją stawianego wymogu w zakresie kryterium obiektowego „basen oraz siłownia”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z jego wiedzą oraz informacjami powszechnie dostępnymi na stronach internetowych dla lokalizacji (miejscowości) wymienionych w załączniku nr 8 w ppkt 1 do 22 SIWZ, biorąc po uwagę tylko usługi basenowe w danej lokalizacji, usługi te są świadczone w ilości mniejszej, aniżeli przedstawione w ofercie przez Benefit Systems dla obiektów oferujących zajęcia „basen oraz siłownia”.

Odwołujący przedstawił porównanie oferty Benefit Systems dla usługi basen dostępnej na stronie internetowej tego wykonawcy. Zestawienie zostało przygotowane w formie tabelarycznej.

#### *W treści odwołania tabela*

Odwołujący wskazał, że w miejscowości Krzeszowice nie ma w ogóle basenu. W pozostałych lokalizacjach liczba basenów jest zdecydowanie mniejsza aniżeli liczba przedstawiona przez Benefit Systems w oświadczeniu co do obiektów mających spełniać wymaganie oferowania zajęć „basen oraz siłownia”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego posiada informacje umożliwiające mu skonstruowanie kryteriów oceny ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Skoro Zamawiający dla potrzeb niniejszego postępowania przyjął kryterium, zgodnie z którym warunkiem koniecznym uzyskania punktów jest posiadanie w danej lokalizacji obiektów oferujących zarówno zajęcia na siłowni jak i na basenie, to powinien być posiadać wiedzę co do ilości takich obiektów w danej lokalizacji objętej postępowaniem. Zamawiający tym samym nie powinien bezkrytycznie przyjąć oświadczenia wykonawcy złożonego wraz z ofertą. Treść złożonego oświadczenia podlega takiej samej ocenie i weryfikacji jak pozostałe dokumenty załączone wraz z ofertą. Zamawiający, mając na uwadze posiadaną wiedzę w ramach przeprowadzonego rozeznania rynku dla usługi będącej przedmiotem zamówienia, przy dołożeniu należytej staranności oraz w odniesieniu do zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 7 ustawy, w ocenie Odwołującego, przy powziętych wątpliwościach powinien być wezwać wykonawcę Benefit Systems zgodnie z pkt. 4.2.7.1. SIWZ do wyjaśnienia treści złożonej oferty w części odnoszącej się do oświadczenia będącego załącznikiem nr 8 do SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 138m ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz pkt 3.2.5. SIWZ Odwołujący wskazał, że uwzględniając podanie przez Benefit Systems w ofercie nieprawdziwych informacji dotyczących liczby obiektów oferujących zajęcie „basen oraz siłownia”, wykonawca winien był zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy uznana za odrzuconą z powodu podania w powyższym zakresie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a które to informacje miały istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy wykluczeniu obligatoryjnie podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia dotyczy nieumyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd i stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 57 ust. 4 lit. i Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, muszą zostać spełnione następujące przesłanki: (1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, (2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, (3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu oznacza, że jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wyklądać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych i każdorazowo oceniać przez pryzmat zaistniałych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2705/17). Dla stwierdzenia podstawy wykluczenia



z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności - rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa - kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Stosownie do art. 14 ustawy do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c., zatem przypisanie wykonawcy niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy ten zachował się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, podwyższonego zgodnie z art. 355 § 2 k.c. w związku z zawodowym charakterem działalności wykonawcy. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. (tak wyrok z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1004/17 oraz wyrok z dnia 3 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1243/17). Odwołujący podał, że w orzecznictwie kształtuje się interpretacja, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy ocena wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Wskazana przesłanka wykluczenia ma na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia i chronią ich przed konsekwencjami nieprofesjonalnego lub nierzetelnego zachowania konkurencji. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie zmaterializowała się samodzielna przesłanka wykluczenia wykonawcy Benefit Systems z postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 lipca 2019 roku oraz została przekazana

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

## II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

## III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

## IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.

Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 2 sierpnia 2019 roku „Odpowiedź na odwołanie”, a także stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 5 sierpnia 2019 roku „Pismo procesowe przystępującego” wraz z załączonymi dowodami.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na posiedzeniu przez uczestnika postępowania odwoławczego przy piśmie z dnia 5 sierpnia 2019 roku tj. 5 dowodów (158 kart) stanowiących wydruki map google, umowa (dowód nr 4, z wyłączeniem 1 i 2 strony, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na posiedzeniu tj. wydruki mam Google (16 kart).

VI.

**Izba ustaliła:**

W SIWZ, w punkcie 4.5 – *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert* Zamawiający określił dwa kryteria tj.:

Kryterium A – cena, waga 70% oraz

Kryterium B – liczba obiektów oferujących usługi sportowo – rekreacyjne objętych ofertą, waga 30 %.

Zamawiający ustalił, że Kryterium B będzie obliczane za pomocą dwóch parametrów zgodnie z podanym w SIWZ wzorem tj.:  $Kryterium\ B = (O) + (L)$ , gdzie „O” to parametr „ogólna liczba wszystkich obiektów”.

*„(L) liczba obiektów oferujących siłownię oraz basen.*

*W określonej miejscowości (na podstawie załącznika nr 8 do SIWZ) – 22% (maksymalna ilość punktów – 22 pkt)*

*Ilość zdobytych punktów za poszczególne pozycje liczona będzie odrębnie dla każdej miejscowości, na podstawie wzoru jak poniżej, zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWIZ:*

$$L_s = L_o / L_n \times 100 \times 1\%$$

*gdzie: L<sub>s</sub>: ilość przyznanych punktów w określonej miejscowości*

*L<sub>o</sub>: liczba lokalizacji w określonej miejscowości rozpatrywanej oferty*

*L<sub>n</sub>: największa liczba oferowanych lokalizacji w określonej miejscowości.*

*Poszczególne pozycje zdobędą określoną liczbę punktów uwzględniającą wagę pozycji.*

*Następnie punkty zostaną zsumowane.*

$$L = L_{s1} + L_{s2} + (\dots)$$

*Każdorazowo, w przypadku, gdy Wykonawca nie posiada obiektów oferujących usługi sportowo-rekreacyjne w danej miejscowości, od całkowitej uzyskanej przez ofertę liczby punktów w parametrze „Liczba obiektów oferujących usługi sportowo-rekreacyjne objętych ofertą Wykonawcy”, odjęte zostaną 2 punkty z zastrzeżeniem jednak, że Oferta Wykonawcy w kryterium „Liczba obiektów oferujących usługi sportowo-rekreacyjne objętych ofertą Wykonawcy” nie może otrzymać mniej niż 0 pkt.*

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 18 czerwca 2019 roku w odpowiedzi na pytanie 6:

*W nawiązaniu do pytania nr 5 (numeracja zaktualizowana przez Zamawiającego) – czy w kryterium „liczba obiektów oferujących zajęcia basen oraz siłownia” będą brane do punktacji obiekty, w których usługi te świadczone są za dopłatą lub na zasadzie rabatu? Czy w sytuacji kiedy ze względu na bardzo wysoką cenę rynkową usługi np. basen w danym obiekcie jest z dopłatą, a siłownia bez – obiekt taki zostanie uznany do punktacji oferty.*

Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

*Zamawiając informuje, iż warunkiem koniecznym uzyskania punktów w omawianym kryterium jest posiadanie w danej lokalizacji obiektów oferujących zarówno zajęcia na siłowni jak i na basenie. Lokalizacje (miasta), w których dostępna jest tylko jedna usługa (basen lub siłownia) nie będą punktowane. Zamawiający informuje, iż do oceny omawianego kryterium brane będą pod uwagę wszystkie obiekty, bez względu na fakt konieczności uiszczenia dodatkowych opłat przez Użytkownika.*

#### **W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:**

Na potrzeby rozpoznania zarzutów przedmiotowego odwołania w pierwszej kolejności niezbędnym jest rozstrzygnięcie problemu artykułowanego przez Strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego tj. rozumienia postanowień SIWZ w odniesieniu do Kryterium B parametru: *(L) liczba obiektów oferujących siłownię oraz basen.*

Podkreślenia wymaga, że postanowienia SIWZ winny być odczytywane w taki sposób jaki zostały zawarte w SIWZ jak również w powiązaniu z wyjaśnieniami jakie czynił w stosunku do tych postanowień Zamawiający. W zakresie tej problematyki zarówno doktryna jak i orzecznictwo pozostają niezmiennie i jednolite, jednoznacznie podkreślając, że postanowienia SIWZ nie mogą po terminie składania ofert być interpretowane w inny sposób niż wynika to z ich treści, że nie mogą być zmieniane, oraz odczytywane muszą być łącznie z wyjaśnieniami postanowień SIWZ.

W przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcia wymaga, w tym miejscu, czy Zamawiający wymagał w Kryterium B dla parametru *(L) liczba obiektów oferujących siłownię oraz basen* (1) wykazania tylko obiektów, w których dostępna i oferowana jest usługa basen i siłownia łącznie, czy też (2) wykazania obiektów, w których dostępna jest usługa basen albo obiektów w których dostępna jest usługa siłownia albo obiektów, w których dostępna jest usługa basen i siłownia łącznie.

Z treści SIWZ oraz wyjaśnień wynika, w ocenie Izby, że w kryterium B dla parametru (L) *liczba obiektów oferujących siłownię oraz basen* wykonawcy, aby uzyskać punkty, wykazać mieli się posiadaniem w danej miejscowości (lokalizacji) obiektami, w których dostępna była usługa basen albo obiektami w których dostępna była usługa siłownia, albo obiektami w których dostępna była usługa siłownia i basen.

Z wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2019 roku, które zostały poczynione po opublikowaniu postanowień SIWZ, co oznacza, że wyjaśnienia te są późniejsze od SIWZ, a tym samym stanowią wykładnię autentyczną postanowień SIWZ oraz uzupełnienie treści SIWZ wynika, że przez „lokalizację” należy rozumieć jedno z 22 wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ - *Oświadczenie wykonawcy I* miast wskazując „Liczba obiektów (...) z podziałem na lokalizacje” oraz „Liczba obiektów (...) w następujących lokalizacjach”. Nazwy kolumn ww. załączniku również w sposób jednoznaczny potwierdzają, że kolumna 1 „Lokalizacja” – to miasto, bowiem podane zostały w tej kolumnie wyszczególnione przez Zamawiającego 22 miasta, oraz kolumna 2 „Liczba obiektów”, którą to wykonawcy mieli za zadanie uzupełnić, jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający chciał aby została podana ilość obiektów, jakie wskazuje w tym parametrze wykonawca. Z całości postanowień SIWZ i wyjaśnień, które stanowią integralną część SIWZ wynika, że „Lokalizacji” nie można odnosić do „obiektów”, bowiem lokalizacja to miejscowość. Wykładnia jaka została poczyniona przez Zamawiającego w ww. wyjaśnieniach jest wiążąca dla uczestników postępowania o udzielnie zamówienia i w taki sposób należy odczytywać postanowienia SIWZ. Podkreślenia wymaga, że w określonym powyżej zakresie, ani postanowienia SIWZ ani wyjaśnienia do nich poczynione nie były kwestionowane w przedmiotowym postępowaniu.

Jednoznacznie również z postanowień SIWZ oraz dokonanych wyjaśnień wynika, że wykonawca, aby mógł uzyskać punkty w tym parametrze Kryterium B musi posiadać w danej lokalizacji (mieście) obiekty oferujące zarówno zajęcia na siłowni jak i na basenie. Tym samym, wykonawca dla każdego z 22 miast wskazanych w Załączniku nr 8 do SIWZ – *Oświadczenie wykonawcy I*, aby uzyskać za każde z miast punkty musiał podać informację o obiektach, które oferowały zarówno zajęcia na basenie jak i na siłowni. W ocenie Izby zwrot „obiektów oferujących zarówno zajęcia na siłowni jak i na basenie” nie oznacza, że zajęcia na basenie i na siłowni muszą być prowadzone w jednym obiekcie. W wyjaśnieniach Zamawiający w ocenie Izby w sposób jednoznaczny podał, że zgodnie z tym parametrem w Kryterium B oceniane jest wykazanie prowadzenia zajęć na basenie jak również prowadzenie zajęć na siłowni tj. w odrębnych obiektach jednakże w danym mieście, przy czym możliwe też jest wykazanie spełnienia wymagań do punktowania przez wykazanie obiektów, w których prowadzone są zajęcia na basenie i siłowni łącznie w jednym obiekcie. Kluczem do oceny tego parametru w Kryterium B było to, aby w każdym z 22 wskazanych miast dostępne były zajęcia na siłowni jak również zajęcia na basenie – co było punktowane

– natomiast bez znaczenia dla punktacji pozostawało czy usługa świadczona będzie w jednym obiekcie czy w osobnych obiektach. Potwierdza to również kolejne zdanie wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2019 roku, zgodnie z którym wykonawca nie uzyska punktów dla poszczególnych lokalizacji (miast) w których dostępna jest tylko jedna usługa tj. basen lub siłownia. Tym samym, podanie przez wykonawcę informacji o obiektach np. tylko realizujących usługę siłownia będzie stanowiło o nieprzyznaniu wykonawcy punktów za daną lokalizację, natomiast nie będzie stanowiło żadnej innej dolegliwości. Takie wyjaśnienia Zamawiającego przesądzają również, że brak danego rodzaju usługi w danym mieści stanowi o nieprzyznawaniu punktów ale nie stanowi o tym brak umiejscowienia usługi basen i siłownia w jednym obiekcie. Powyższe potwierdza również postanowienie SIWZ, zgodnie z którym, gdy wykonawca nie posiada obiektów oferujących usługi sportowo-rekreacyjne w danej miejscowości odjęte zostaną mu 2 punkty w parametrze „*Liczba obiektów oferujących usługi sportowo-rekreacyjne objętych ofertą wykonawcy*”. Tym samym dla przyznania punktów w kryterium B dla parametru (L) *liczba obiektów oferujących siłownię oraz basen* w każdej wskazanej miejscowości powinny być umiejscowione basen oraz siłownia i pozostaje bez znaczenia dla punktacji, czy znajdują się w jednym czy w odrębnych budynkach.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga również, że zupełnie niezasadnym byłoby przyjmowanie ww. kryteriów z założeniem, że wszyscy wykonawcy dla danej lokalizacji uzyskają „-2” punkty ze względu na brak realizacji usług sportowo – rekreacyjnych, z uwagi na brak obiektów realizujących zarazem, łączenie usługę basenu i siłowni. Słusznie zostało podniesione, że część z miejscowości wskazanych w Załączniku nr 8 do SIWZ – *Oświadczenie wykonawcy I* to niewielkie miejscowość, gdzie nie tylko nierealizowane mogą być ww. usługi łączenie w jednym obiekcie, ale również któraś z usług w ogóle może być nierealizowana, bądź realizowana na podstawie szczególnych umów, porozumień nie będąc jednocześnie usługą powszechnie dostępną. Przyjęcie i uznanie za właściwe takiego założenia prowadziłoby do wniosku, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało przygotowane należycie, a punktacja i kryteria mogą nie mieć żadnego znaczenia.

W ocenie Izby wyjaśnieniami z dnia 18 czerwca 2019 roku Zamawiający w sposób jednoznaczny wyartykułował w jaki sposób i jak realizowanymi usługami ma wykazać się w tym parametrze w Kryterium B wykonawca aby uzyskać punkty, jak również w jakich sytuacjach punktów nie uzyska bądź uzyska punkty ujemne.

(1)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 138k ustawy w zw. z pkt. 4.2.7.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) przez zaniechanie wezwania przez

Zamawiającego wykonawcy Benefit Systems do wyjaśnienia treści złożonej oferty w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy w zakresie ilości obiektów oferujących zajęcia basen oraz siłownia w wyszczególnionych w załączniku nr 8 do SIWZ lokalizacjach, jest sprzeczna z rzeczywistą ilością obiektów w tych miejscowościach – Izba zarzutu nie uwzględniła.

Izba mając na uwadze poczynione powyżej zważenia wskazuje, że przyjęta przez Odwołującego podstawa faktyczna uzasadnienia odwołania tj. przyjęcie, że „dla potrzeb oceny ofert w niniejszym postępowaniu, kryterium to jest spełnione jedynie w sytuacji przedstawienia przez wykonawcę w oświadczeniu obiektów oferujących łącznie usługę basen oraz siłownia” stanowi jednoznaczną podstawę do stwierdzenia niezasadności podniesionego zarzutu odwołania.

Podkreślić należy, że Odwołujący budował uzasadnienie swojego zarzutu na błędnie przyjętej podstawie, co również podtrzymał na rozprawie, w ocenie Izby powoduje to niezasadność postawionego zarzutu. Odwołujący podnosił zarzut zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień złożonego przez uczestnika postępowania oświadczenia w Załączniku nr 8 do SIWZ – *Oświadczenie wykonawcy I* opierając się na własnej interpretacji postanowień SIWZ i w oparciu o nie wskazywał na konieczność wezwania do wyjaśnień. W ocenie Izby skoro odpadła podstawa, wzorzec z którym niezgodność wykazywał Odwołujący – czyli dokonana przez Odwołującego interpretacja SIWZ – to należy za niezasadne uznać twierdzenia oparte na tym wzorcu.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie można uzasadnienia Odwołującego odnosić do innej niewskazywanej przez Odwołującego podstawy faktycznej tj. opartej na właściwym rozumieniu postanowień SIWZ. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem*



*proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia (porównaj: wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14).

W obliczu powyższego za niezasadne uznała Izba konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do lokalizacji Krzeszowice, bowiem zarzut odwołania zasadzał się nie na tym, że zostały niezasadnie przyznane punkty lecz na tym, że „oferta wykonawcy w zakresie ilości obiektów oferujących zajęcia basen oraz siłownia (...) jest sprzeczna z rzeczywistą ilością obiektów w tych miejscach”. Z uzasadnienia zarzutu jednoznacznie wynika również, że Odwołujący ilość obiektów odnosił do ilości obiektów, w których znajdował się basen i siłownia łącznie – co jak Izba uzasadniła wyżej było niewłaściwą interpretacją postanowień SIWZ. Jednocześnie należy zaznaczyć, że uczestnik postępowania odwoławczego, a co wynika z pisma z dnia 5 sierpnia 2019 roku (str. 6) w ofercie dla Lokalizacji Krzeszowice wskazał 3 obiekty i są to obiekty oferujące zajęcia na siłowni i fitnessie. Uczestnik postępowania odwoławczego nie ujął dla tej lokalizacji usługi na basenie. Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu braku wyjaśnienia ilości zaoferowanych obiektów dla tej lokalizacji dla usługi siłownia, jak również nie kwestionował niezaoferowania basenu i tym samym niewłaściwego przyznania punktów – jest

to w zupełności zasadne w ocenie Izby, bowiem gdyby zakwestionował lokalizację w Krzeszowicach w ten właśnie sposób to zaprzeczyłby interpretacji postanowień SIWZ, którą przyjął na potrzeby tego postępowania – dlatego też Izba nie oceniała prawidłowości przyznania punktów w tej lokalizacji, bowiem należałoby przyjąć zupełnie inny punkt odniesienia co do treści SIWZ, którego Odwołujący w swej argumentacji nie aprobował, a wręcz kwestionował.

W odniesieniu do Lokalizacji Chrzanów i podnoszonej na rozprawie argumentacji dotyczącej wskazania przez uczestnika postępowania odwoławczego zamkniętego na dzień składania ofert obiektu, Izba mając na uwadze powyższą argumentację, zaznacza, że w odniesieniu do tej lokalizacji Odwołujący dopiero na etapie rozprawy wskazał, że obiekt basen był zamknięty na moment składania ofert, tym samym argumentację w tym zakresie należy uznać za spóźnioną. W odniesieniu do tej lokalizacji aktualna pozostaje w całości argumentacja dotycząca rozumienia postanowień SIWZ przez Odwołującego.

W odniesieniu do pozostałych lokalizacji Odwołujący wskazał, że liczba basenów jest zdecydowanie mniejsza niż liczba przedstawionych przez uczestnika postępowania odwoławczego w oświadczeniu obiektów „mających spełniać wymagania oferowania zajęć „basen oraz siłownia””. W tym zakresie Izba, mając na uwadze całą powyższą argumentację co do postanowień SIWZ uznała, że nie zaistniała żadna okoliczność wskazywana przez Odwołującego stanowiąca podstawę wezwania do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Błędne założenia Odwołującego nie mogą stanowić podstawy do uzasadnionych wyjaśnień.

Uwzględniając powyższą argumentację Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

(2)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 138m ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz pkt 3.2.5. SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Benefit Systems wskutek zapewnienia w treści oferty, że liczba obiektów objętych ofertą wykonawcy oferujących zajęcia basen oraz siłownia w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY I” jest zgodna ze stanem faktycznym, podczas gdy w rzeczywistości w części lokalizacji (miejscowości) nie ma w ogóle obiektów oferujących zajęcia na basenie, a w pozostałych lokalizacjach faktyczna liczba obiektów oferujących tylko zajęcia na basenie jest mniejsza od zadeklarowanej przez Benefit Systems liczby obiektów mających oferować zajęcia zarówno na siłowni jak i na basenie – Izba zarzutu nie uwzględniła.

Izba, mając na uwadze całą argumentację przedstawioną powyżej, którą uznaje również za zasadną przy rozpoznaniu tego zarzutu, uznała zarzut zaniechania wykluczenia Benefit Systems za niezasadny i zarzutu tego nie uwzględniła.

Błędna wykładania postanowień SIWZ przyjęta przez Odwołującego do wykazania podstawy wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania stanowi jednoznaczną podstawę do stwierdzenia niezasadności podniesionego zarzutu odwołania. Odwołujący zasądził zarzut na tym, że w ofercie zostały podane nieprawdziwe informacje dotyczące „liczby obiektów oferujących zajęcia basen oraz siłownia”, które wprowadziły Zamawiającego w błąd i miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Zaznaczenia wymaga, że zgodnie z SIWZ – o czym była mowa na początku zważeń Izby – wykonawca mógł podać obiekty, w których realizowana jest zarówno usługa basen i siłownia, ale również mógł wskazać obiekty w których realizowana była usługa basen i obiekty, w których realizowana była usługa siłownia. Tym samym, podanie w Załączniku nr 8 do SIWZ – *Oświadczenie wykonawcy I* informacji o ilości obiektów odnosi się do wszystkich tych obiektów, czyli basen i siłownia łącznie, basenu a także siłowni. Podanie w kolumnie „Liczba obiektów” ww. załącznika informacji o ilości obiektów, była indywidualną i swobodną decyzją każdego wykonawcy. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że dokonując wykładni postanowień SIWZ, w zasadzie je uszczegóławiając wyjaśnieniem z dnia 18 czerwca 2019 roku Zamawiający nie dokonał zmiany w Załączniku nr 8 do SIWZ – *Oświadczenie wykonawcy I*, co uzasadnia twierdzenie, że dla Zamawiającego istotna była ilość obiektów w danej Lokalizacji, co również korelowało z parametrem w Kryterium B.

Izba, mając na uwadze całą powyższą argumentację co do postanowień SIWZ uznała, że nie zaistniała żadna okoliczność wskazywana przez Odwołującego stanowiąca podstawę do wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Błędne założenia Odwołującego co do treści SIWZ nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący całe odwołanie, zarzuty odwołania, oparł na wykładni postanowień SIWZ, które nie mają oparcia w treści SIWZ oraz wyjaśnieniach z dnia 18 czerwca 2019 roku. Jeżeli postanowienia SIWZ co do wymagań w kryteriach oceny ofert były kontrowersyjne dla Odwołującego, co sam przyznał w trakcie rozprawy, to mógł zwrócić się o ich wyjaśnienie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia do Zamawiającego. Tak skonstruowane zarzuty odwołania nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę. W zakresie przedstawionych przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego dowodów Izba uznała, że w odniesieniu do zarzutów odwołania dowody te bezzasadne, bowiem same zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne z uwagi na oparcie ich na nieistniejących postanowieniach SIWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie zasadziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika dla Zamawiającego z uwagi na brak złożenia do akt sprawy rachunku obejmującego wynagrodzenie pełnomocnika (§ 3 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). Podkreślenia wymaga, że wysokość kosztów postępowania ustala się w oparciu o złożone przez strony rachunki, brak przedstawienia rachunków uniemożliwi ich ustalenie.

**Przewodniczący:** .....