KIO 573/17

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2017 r. przez wykonawcę: **S. B. and R. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w (…)** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka R. K. S.A. z siedzibą w (…)**

przy udziale wykonawcy: **Ch. D. sp. z o.o. z siedzibą w (…),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża i wykonawcę **S. B. and R. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w (…)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. B. and R. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w (…)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę *kuponów* żywieniowych *na realizację posiłków profilaktycznych dla pracowników S. R. K. S.A. i jej Oddziałów w 2017",* prowadzonym przez Spółkę R. K. S.A. z siedzibą w (…) (dalej „zamawiający") wykonawca S. B. and R. S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w (…) (dalej „Odwołujący") złożył w zadaniu nr II, tj. Dostawa kuponów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych kuponów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników SRK S.A. Oddział KWK „(…)" w 2017 r." odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 7 ust. 1, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 bądź 17 w związku z brakiem wykluczenia wykonawcy Ch. D. Sp. z o.o. (ChDJ) z siedzibą w Warszawie, ponieważ w załączonym do oferty wykazie placówek firma ta wskazała szereg placówek, które nie mogą zostać uwzględnione podczas oceny oferty; są to informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, a wykonawca Ch. DJ. jest winny wprowadzenia w błąd zamawiającego,
3. art. 24 ust. 4, ponieważ zamawiający nie uznał oferty Ch. DJ. za odrzuconą,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) [dalej „uznk"], ze względu na fakt, iż zamawiający nie odrzucił oferty, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ swoim działaniem Ch. DJ. utrudnia dostęp odwołującemu do rynku zamówień publicznych na właściwym rynku;

ewentualnie:

5. art. 87 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez nieuprawnione wprowadzenie zmian do oferty Ch. DJ. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie odpowiadała wymogom SIWZ zamawiający zażądał wyjaśnień, a po ich uzyskaniu dokonał modyfikacji oferty wybranego wykonawcy, tj. Ch. DJ., podczas, gdy niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty; w wyniku swoich czynności zamawiający dostosował treść oferty Ch. DJ. do wymogów SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenie wykonawcy Ch. DJ. i odrzucenie jego oferty,
3. nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp, w szczególności uczciwej konkurencji,
4. zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 14 marca 2017 r. zamawiający stwierdził, że oferta tego wykonawcy CH. DJ. z ceną 991 542,40 zł brutto i liczbą punktów akceptujących wynoszącą 1181 (po udzieleniu wyjaśnień pomniejszoną o 157 punktów nieistniejących i 32 punkty nieakceptujące bonów CH. DJ., co ostatecznie dało liczbę 992 punkty) jest ofertą najkorzystniejszą. Podał, że zaoferował identyczną cenę zamówienia oraz 928 punktów akceptujące bony. Podkreślił, że po ostatecznej weryfikacji dokonanej przez zamawiającego różnica wynosi 64 punkty, które zadecydowały o wyborze oferty CH.DJ.

Wskazał także, że w pkt 16 SIWZ określono 3 kryteria oceny ofert w tym U – dostępność usługi 5% co najmniej 3 sklepy/placówki w jednym mieście; *zamawiający* zastrzegł, że: „Informacja *dotycząca kryterium oceny ofert winna być jednoznaczna i nie podlega ona uzupełnieniu".*

Odwołujący oświadczył, że w piśmie z dnia 17 lutego 2017 r. zawiadomił zamawiającego o możliwości podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Ch. DJ., podający przy tym wykaz punktów nieistniejących nieakceptujących bonów CHDJ, skutkiem czego zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty Ch. DJ.

Podał, że pismem z dnia 21 lutego 2017 r. wykonawca Ch. DJ. odniósł się do wskazywanych wątpliwości, wskazując, że w piśmie odwołującego znajdują się nieprawdziwe informacje.

Zdaniem odwołującego jego wyjaśnienia w piśmie z dnia 8 marca 2017 r., w nawiązaniu do pisma z dnia 7 marca 2017 r. obaliły te zarzuty.

Odwołujący podniósł, że wykonawca CH. DJ. w swoich wyjaśnieniach poprosił nadto zamawiającego o usunięcie 131 placówek wskazanych w piśmie jako nieistniejące z oferty CHDJ, co zamawiający uczynił, a co było działaniem bezprawnym.

W ocenie odwołującego skala zjawiska wskazuje, że na naruszanie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że nie można zgodzić z interpretacją SIWZ dokonaną przez CHDJ, tj.: *„Użycie wspomnianego zapisu "...zapewnienie realizacji tych kuponów" ewidentnie wskazuje na to,* że *wystarczające będzie spełnienie akceptowania kuponów przez punkt akceptujący w momencie zawarcia umowy z Zamawiającym i realizacji pierwszej dostawy. Wymaganie akceptacji kuponów jeszcze przed zawarciem umowy z Zamawiającym,*

i pierwszą dostawą dodatkowo skutkowałoby ograniczeniem konkurencji poprzez uniemożliwienie złożenia ofert przedsiębiorstwom nie działającym wcześniej na wskazanym terenie."

Zdaniem odwołującego specyfika branży bonów wskazuje jednoznacznie, że

operatorzy tacy jak S., czy CH. DJ. mają umowy z przedsiębiorcami oferującymi realizację bonów przez cały okres funkcjonowania, wobec czego w żaden sposób nie narusza to konkurencyjności postępowania.

Stanął na stanowisku, że ujęcie wymagań co do listy punktów w SIWZ, wbrew twierdzeniom CH. DJ., wskazuje na konieczność możliwości zapewnienia realizacji bonów na etapie składania ofert, bo to stanowi realną gwarancję dla zamawiającego, a także przesądza o nienaruszaniu zasady równego traktowania i konkurencyjności, zaś odrębnym zagadnieniem jest zapewnienie deklarowanej liczby punktów na etapie realizacji umowy.

Odwołujący podał, że w swoim drugim wyjaśnieniu CH. DJ., w nawiązaniu do pisma zamawiającego z dnia 23 lutego 2017 r., poprosił o usunięcie dalszych 6 punktów z jego oferty. Zauważył, że pomimo, że o podaniu nieprawdziwych informacji przez Ch. DJ. poinformował zamawiającego w pismach z dnia 17 i 28 lutego 2017 r., w sytuacji, gdy sam wykonawca CH. DJ. potwierdził zarzuty odwołującego i miało to wpływ na wynik postępowania, to zamawiający stwierdził, że wykonawca Ch. DJ. nie podał nieprawdziwych informacji, a jego oferta nie budzi wątpliwości.

Stwierdził, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenie nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym powyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej (zgodnej z rzeczywistością) – oba te przypadki należy odnosić do pojęcia złożenia nieprawdziwych informacji.

Podniósł, że wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 Kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność); przypisanie określonej I osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03),

przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Uzupełnił, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności – za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Stwierdził, że w doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp pozbawia wykonawcę możliwości udziału w postępowaniu i nie podlega konwalidacji np. poprzez uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ani przez wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, ani przez wyjaśnienie treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy usunięcie nieprawdziwej informacji w drodze korekty omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp (z: wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 2403/13).

Wskazał, że badać należy istotność wprowadzania zamawiającego w błąd w momencie przedstawiania informacji nieprawdziwych – jest to jedyny miarodajny moment oceny, który pozwala na pełne zrealizowanie celów tego przepisu, który ma stanowić swoistą ochronę zamawiającego przed wykonawcami, którzy bądź to w celowy sposób bądź też niedbale przygotowują dokumentację składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwala wykonawcy usuwać błędy

w dokumentach bądź przedłożyć brakujące dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe, tj. pozwala uchronić się przez wykonawcę od skutku w postaci czy to wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, czy też odrzucenia oferty niespełniającej wymagań zamawiającego podanych w SIWZ. Artykuł 26 ust. 3 ustawy Pzp nie pozwala natomiast wykonawcy sankcjonować w jakikolwiek sposób uchybienia w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd co do pewnych okoliczności, które to mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego jest kwestią nieistotną z punktu widzenia brzmienia przepisu, czy w wyniku wszystkich podjętych przez uczestników postępowania czynności takiego wpływu finalnie nie wywarły.

Dodał, że potwierdza to wykładnia systemowa z punktu widzenia brzmienia Dyrektywy 2004/18/WE, która nie tyle posługuje się przesłanką wpływu, co przesłanką „poważności"

---

wprowadzenia w błąd.

Uznał, że wprowadzenie w błąd zamawiającego przez Ch. DJ. było poważne skoro dotyczyło istotnych informacji (z punktu widzenia ewentualnego wyboru wykonawcy, czy też jego wykluczenia oraz odrzucenia oferty) zawartych w dokumencie przedmiotowym; ranga wykazu punktów akceptujących bony była na tyle wysoka, że podanie w nim punktów, które nie spełniają wymagań SIWZ wskazuje, że Ch. DJ. całkowicie z premedytacją podało je, aby zwiększyć swoje szanse na wygraną i to w taki sposób, aby zamawiający nie wykrył niezgodności w obrębie złożonych dokumentów i stwierdził, że oferta Ch. dJ. spełnia wymagania.

Stwierdził, że budzi daleko idące wątpliwości z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego, że podanie tak istotnej liczby punktów akceptujących bony z podaniem ich nazw i adresów nastąpiło przez pomyłkę, jak chce to przedstawić Ch. DJ. – nawet jeśli rzeczywiście dziwnym trafem ten esencjonalny fragment został całkiem przez przypadek (z powodu zwykłego ludzkiego przeoczenia, błędów uwagi, ludzkiej pamięci czy innych procesów psychicznych) pominięty, to jest to pominięcie na tyle istotne, że wskazuje wręcz na rażące niedbalstwo Ch. DJ. w trakcie sporządzania oferty, które powinno być w obrębie systemu prawa zamówień publicznym piętnowane w sposób skrajnie surowy, tj. przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ocenił, że wykonawca Ch. DJ. staranności właściwej profesjonaliście nie dochował lub też wręcz nie chciał dochować.

Dla odwołującego nie ulega wątpliwości, że stopień winy Ch. DJ. jest na tyle znaczny, że uzasadnia zastosowanie sankcji w postaci wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uznał, że Ch. DJ. winne jest poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie nieprzekazania informacji istotnych z punktu widzenia potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego.

Wskazał, że jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, toteż uzasadnione jest odrzucenie oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową regułę – naruszenie polega na utrudnieniu dostępu do rynku innym wykonawcom.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Ch. DJ. nie może się bronić, że podana przez niego informacja jest jedynie informacją sugestywną, bądź wyolbrzymioną (w zakresie jego potencjału punktów akceptujących bony), dlatego nie należy jej mylić z celowym wprowadzeniem w błąd Zamawiającego.

Niekorzystne dla innych wykonawców warunki stwarza CH. DJ., podając w swoich ofertach, startując w postępowaniach o zamówienie publiczne, nieprawdziwe i niewiarygodne liczby punktów akceptujących bony na rynku bonów na obszarze Śląska, na którym konkuruje

---

odwołujący i CH.DJ.

Dodał, że w świetle informacji z otwarcia ofert podanej 2 lutego 2017 r. jedynie CHDJ stanowi realną konkurencję dla odwołującego dlatego nieuczciwe działanie tego wykonawcy

należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Podkreślił, że liczba placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych realizujących kupony żywnościowe w miastach wymienionych jest jedną z podstawowych (istotnych) treści oferty.

Podniósł, że oprócz wyjątków jakie wskazano w art. 87 ust. 1a i 2 ustawa Pzp nie przewiduje możliwości zmiany treści oferty. Stwierdził, że usunięcie z treści oferty 157 placówek jest niedopuszczalną zmianą treści oferty, która nie mieści się w kategoriach ust. 1a i 2 ww. artykułu, wobec czego oferta CH. DJ. podlega także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3".*

Wskazał, że w toku postępowania informacja dotycząca kryterium została na skutek wyjaśnień CH. DJ. uzupełniona co do okoliczności niespełniania przez zaoferowane punkty warunków SIWZ i dokonanie faktycznego ustalenia liczby punktów podlegających ocenie ofert w ramach kryteriów oceny ofert, co jest działaniem sprzecznym z prawem i samym SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 30 marca 2017 r., wyciągu z SIWZ postępowania prowadzonego przez P. G. G. sp. z o.o. Oddział KWK B. Ś. (Nr sprawy: 401700008), „Pisma *przygotowawczego"* przystępującego z 12 kwietnia 2017 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, odrzucenia jego oferty lub

przyznanie zbyt dużej ilości punktów w kryterium dotyczącym ilości placówek realizujących kupony żywieniowe oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia w części II jest „Dostawa *kuponów* żywieniowych *na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych kuponów w punktach /placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy" w 2017r."* (pkt 3 SIWZ).

W załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający w następujący sposób opisał przedmiot zamówienia dla części II: „1. *Pracownicy Zamawiającego winni mieć możliwość otrzymania gorącego posiłku lub zamiennie artykułów spożywczych w postaci produktów spożywczych nadających się do spożycia po przygotowaniu – zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60 poz. 279). 2. Kupony* żywieniowe *winny być realizowane w miejscowościach na terenie województwa* śląskiego, *w co najmniej 3 placówkach i sklepach, które znajdują się w następujących miastach: (…), (…), (…), (…), (…). 3. Zamawiający planuje w okresie obowiązywania umowy, tj. od daty zawarcia umowy do 31.12.2017r. dostawę kuponów* żywieniowych *o określonych, uzgodnionych nominałach (…) na łączną wartość (…)".*

W załączniku nr 1 do SIWZ (wzór „Oferta") zamawiający, w odniesieniu do części II

zamówienia, zażądał podania oferowanej liczby placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych w 5 miastach wymienionych w „Formularzu *cenowym"* [„(…) *i oferuję …… placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych w 5 miastach wymienionych w Formularzu cenowym – KRYTERIUM II"].

Zamawiający, wśród składanych przez każdego wykonawcę oświadczeń, wymienił „Formularz *cenowy"* „stanowiący *również wykaz placówek gastronomicznych, w których Wykonawca winien zapewnić możliwość realizacji kuponów* żywieniowych" w minimum 3 sklepach/placówkach gastronomicznych w każdym mieście wymienionym w pkt. 2 „Formularza *cenowego"* w danym miesiącu (w przypadku części II – był to załącznik nr 2.2.) – pkt 6 ppkt 4 SIWZ. Wymienionymi w „Formularzu *cenowym"* miastami były: (…), (…), (…), (…), (…) i (…).

W projekcie umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) zamawiający wskazał m.in., że „Wykonawca *będzie realizował niniejszą umowę zgodnie ze złożoną ofertą oraz warunkami*

---

zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (§ 1 ust. 5), a także że do obowiązków wykonawcy należy zapewnienie możliwości realizacji kuponów żywieniowych w minimum 3 sklepach z artykułami spożywczymi/placówkach gastronomicznych w danym mieście oraz „Wykaz *sklepów/placówek gastronomicznych stanowi załącznik nr 1 do umowy"* (§ 4 ust. 2 pkt 3).

Zamawiający jednym z dwóch kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej ustanowił „dostępność *usługi 5% co najmniej 3 sklepy/placówki w jednym mieście"* (pkt 16 SIWZ). Zastrzegł: „Informacja *dotycząca kryterium oceny ofert winna być jednoznaczna i nie podlega ona uzupełnieniu".*

Termin składania ofert upłynął 1 lutego 2017 r. – w części II oferty złożyło 3 wykonawców.

W swojej ofercie przystępujący oświadczył (str. 7): „oferuję *1181 placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych w 5 miastach wymienionych w Formularzu cenowym – KRYTERIUM II".* W „Formularzu *cenowym"* przystępujący podał „Wykaz *adresów placówek gastronomicznych i sklepów z artykułami spożywczymi realizującymi kupony* żywieniowe *dla pracowników",* odsyłając – w odniesieniu do każdego z 5 miast – (…), (…) (…), (…), (…), (…) – „wg *Listy"* i podając nazwy i adresy łącznie 1181 placówek.

Pismami z dnia 20 i 23 lutego 2017 r. oraz 7 marca 2017 r. przystępujący był wzywany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie listy placówek wskazanych w „Formularzu *cenowym"* (w związku z pismami odwołującego, w których kwestionował szereg placówek wskazanych przez przystępującego).

Także odwołujący był wzywany do złożenia takich wyjaśnień, w wyniku czego zwrócił się do zamawiającego o usunięcie szeregu wskazanych w swojej ofercie placówek (w szczególności odwołujący w piśmie z dnia 24 stycznia 2017 r. podawał, że po dodatkowej weryfikacji otrzymał potwierdzenie, iż dany punkt został zlikwidowany i prosił o usunięcie punktu z wykazu).

Pismem z dnia 13 marca 2017 r. – „Zawiadomienie *o wyborze najkorzystniejszej oferty"* – zamawiający podał: „jako *najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę pod nazwą CH. DJ.Spółka z o.o. (…) za wynagrodzeniem: 991 542,40 zł netto/brutto w tym:*

- *wartość nominalna kuponów 991 542,40 zł netto/brutto*
- *prowizja 0 zł netto/brutto*

Oferta złożona przez w/w Wykonawcę jest oferta najkorzystniejszą i została oceniona przez

---

Zamawiającego w oparciu o kryterium I wskazane w SIWZ jako cena – 95% oraz kryterium II wskazane w SIWZ jako dostępność usługi 5% uzyskując w sumie: (95,00+5,00)=100,00 pkt. Zamawiający do wyliczenia II kryterium przyjął ilość 992 punktów po ówczesnym wykreśleniu z listy załączonej do oferty 157 punktów nieistniejących oraz 32 punktów nie realizujących

kuponów CH. DJ. Spółka z o.o.".

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na II miejscu, uzyskując łącznie 99,68 pkt (95,00+4,68).

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 bądź 17 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z brakiem wykluczenia przystępującego, ponieważ w załączonym do oferty wykazie placówek wskazał szereg placówek, które nie mogą zostać uwzględnione podczas oceny oferty – są to informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, a przystępujący jest winny wprowadzenia w błąd zamawiającego nie potwierdził się.

Opierając się na powyższych ustaleniach, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp brzmi: „Z *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji,* że *nie podlega wykluczeniu, spełnia warunku udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminujące kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji" lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów".*

Z ww. brzmienia wynika, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie ma zastosowania do wszystkich przedstawianych przez wykonawcę informacji i nie do wszystkich informacji zatajanych, czy wymaganych dokumentów, ale tylko takich, które dotyczą tego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunku udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminujące kryteria.

Podana przez przystępującego (i pozostałych dwóch wykonawców) informacja o liczbie placówek realizujących kupony nie jest informacją dotyczą tego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunku udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminujące kryteria, w konsekwencji czego przepis ten w ogóle nie może znaleźć zastosowania i nie może stanowić podstawy wykluczenia przystępującego z udziału w tym postępowaniu.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brzmi: "Z *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się: 17) wykonawcę, 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".*

Podanie przez wykonawcę większej niż w rzeczywistości liczby placówek realizujących kupony żywnościowe jest niewątpliwie informacją wprowadzającą zamawiającego w błąd, ponieważ w takiej sytuacji zamawiający, oceniając ofertę opiera się na informacjach, które nie znajdują potwierdzenia w faktach. Informacje dotyczące liczby placówek realizujących kupony żywnościowe, ze względu na ich ustanowienie jednym z dwóch kryteriów oceny ofert, niewątpliwie są także informacjami, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, tj. decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Jednak niezbędnym warunkiem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest wykazanie, że wykonawca, przedstawiając informacje, uczynił to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odwołujący, który zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia przystępującego miał obowiązek, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, tj. miał obowiązek udowodnić, że rzeczywiście przystępujący działał w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie składu orzekającego Izby obowiązkowi temu odwołujący nie sprostał, ponieważ poprzestał jedynie na twierdzeniu – w związku z „usunięciem" przez zamawiającego placówek z wykazu przystępującego – że „skala *zjawiska wskazuje jednak jednoznacznie,* że *mamy tu do czynienia z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17".* Nie wskazał nawet okoliczności, w jakich działał przystępujący. Zaprezentował za to rozważania natury ogólnej, które jednak w żaden sposób nie zostały odniesione do przedmiotowego stanu faktycznego.

„Skala" informacji wprowadzających zamawiającego w błąd sama w sobie nie przesądza o tym, że wykonawca działał w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Gdyby

ustawodawca nie przypisywał sposobowi działania wykonawcy znaczenia to pominąłby to w przepisie i nakazał zamawiającemu wykluczenie wykonawcy „który *przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".*

Zarówno wyjaśnienia przystępującego, jak i odwołującego potwierdzają specyfikę, jak określił to odwołujący – „branży *bonów",* polegającą na dużej dynamice zmian liczby punktów realizujących te kupony i braku informacji „zwrotnych" w szczególności o likwidacji punktu, czy zmianie adresu – potwierdzały to wyjaśnienia przystępującego („W *przypadku zmian w zakresie punktów, a w szczególności zmian liczby punktów – zarówno zwiększenia jak i zmniejszenia ilości punktów lub ich likwidacji obowiązkiem akceptanta jest zawiadomienie nas o zmianach. Niestety zdarzają się sytuacje, w których takiej informacji nie otrzymujemy co*

może wpływać na niezamierzone ujęcie na liście punktów, które zmieniły adres, zostały przeniesione, zmienił się właściciel lub nawet zostały zlikwidowane" – pismo z dnia 21 lutego i 9 marca 2017 r.), jak i odwołującego, który powielał sformułowanie: „Wykonawca *posiada podpisaną ważna umowę z tą siecią handlową. Po dodatkowej weryfikacji punkt został zlikwidowany, jednak właściciel nie powiadomił nas o tym fakcie wcześniej. Prosimy o jego usunięcie z wykazu",* „Omyłka *w adresie – sklep przeniesiony w nowe miejsce i aktualnie znajduje się pod adresem (…)"* (pismo z dnia 24 stycznia 2017 r.).

Specyfika ta była podkreślana przez odwołującego także w innym postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 2689/14), gdzie stwierdził, iż rynek handlu detalicznego charakteryzuje się ciągłymi i bardzo dynamicznymi zmianami, a właściciele punktów, pomimo obowiązku wynikającego z zawartej z S. umowy, nie poinformowali o likwidacji placówek (str. 5 wyroku z dnia 30 grudnia 2015 r.).

Zarzucając zamawiającemu zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w tym postępowaniu odwołujący powinien udowodnić działanie przystępującego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa z uwzględnieniem ww. specyfiki branży bonów, czego nie uczynił.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego Pzp nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione wprowadzenie zmian do oferty przystępującego – w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie odpowiadała wymogom SIWZ zamawiający zażądał wyjaśnień, a po ich uzyskaniu dokonał modyfikacji oferty wybranego wykonawcy, podczas, gdy niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty nie potwierdził się.

Opierając się na powyższych ustaleniach, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W treści SIWZ, w odniesieniu do liczby placówek realizujących kupony żywieniowe, zamawiający zawarł wymaganie, aby były to nie mniej niż 3 placówki w każdej z 5 wymienionych miejscowości.

Treść oferty przystępującego mogła być i powinna zostać zbadana co do zgodności z ww. wymaganiem minimalnym treści SIWZ. Oferta przystępującego bez wątpienia jest z tym wymaganiem SIWZ zgodna (tego, że przystępujący zaoferował nie mniej niż 3 placówki w każdej z 5 wymienionych przez zamawiającego miejscowości odwołujący w ogóle nie kwestionował), stąd twierdzenie odwołującego co do modyfikacji oferty wybranego wykonawcy (po wyjaśnieniach) w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z treścią SIWZ jest bezprzedmiotowe.

Oferta przystępującego nie została zmieniona, tj. przystępujący zaoferował, zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem, realizację kuponów w 1181 placówkach w 5 miastach wymienionych w „Formularzu *cenowym",* przy czym podkreślenia wymaga, że odesłanie z „Oferty" przystępującego do „Formularza *cenowego"* dotyczy „jedynie" 5 miast, nie zaś konkretnych placówek ujętych w wykazie („oferuję *1181 placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych w 5 miastach wymienionych w Formularzu cenowym").* Innymi słowy

treścią oferty (sensu stricte) przystępującego nie objęto konkretnych placówek ujętych w wykazie, ale ich liczbę, tj. 1181.

Zamawiający, stosując kryterium ilości placówek, zasadnie poddał ocenie te tylko placówki, które rzeczywiście realizowały kupony przystępującego na dzień składania ofert (jak podnosił odwołujący w toku rozprawy – „użyte *przez Zamawiającego w kryterium sfomułowanie „placówki realizujące kupony* żywieniowe" *należy rozumieć w ten sposób, iż chodzi o takie placówki, w których kupony* żywieniowe *realizowane są na dzień składania ofert. Gdyby miał być to inny termin Zamawiający posłużyłby się sformułowaniem „placówki, w których będą mogły być realizowane kupony* żywieniowe""), co stało się po dodatkowych wyjaśnieniach (weryfikacji) przystępującego (takiej samej dodatkowej weryfikacji, po terminie składania ofert, dokonał w swoim wykazie także odwołujący).

W ocenie składu orzekającego Izby weryfikacja w szczególności informacji stanowiących podstawę oceny jest obowiązkiem zamawiającego, a umieszczone w treści SIWZ zastrzeżenie zamawiającego co do nie uzupełniania informacji dotyczących kryteriów należy, uwzględniając, iż w języku polskim „uzupełnić" oznacza uczynić coś kompletnym, dodając to, czego brakuje", rozumieć w ten sposób, iż liczba wskazanych przez wykonawcę placówek nie może ulec zwiększeniu. Do takiego zwiększenia liczby placówek poddanych ocenie w przypadku oferty (sensu largo) przystępującego nie doszło. Przeciwnie, weryfikacja zamawiającego doprowadziła do zmniejszenia liczby placówek poddanych ocenie z 1181 do 992.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż zmniejszenie liczby placówek realizujących kupony przystępującego w dniu składania ofert (na dzień 1 lutego 2017 r.), poddanych ocenie przez zamawiającego nie było możliwe już z tego tylko względu, że oświadczenia, jakie załączył odwołujący do swojego pisma do zamawiającego z dnia 28 lutego 2017 r. nie odnosiły się do terminu składania ofert (pochodziły z połowy lub końca lutego 2017 r.) wobec czego nie mogły stanowić wystarczającej podstawy do skutecznego zakwestionowania tych placówek na wskazany dzień.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nieuprawnionego wprowadzenie zmian do oferty przystępującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z tego względu, iż zamawiający nie uznał oferty przystępującego za odrzuconą.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp „Ofertę *wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą".*

Skład orzekający Izby, rozpoznając wcześniejsze zarzuty odwołania uznał, że brak było podstaw do wykluczenia przystępującego z udziału w tym postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części II.

W konsekwencji tego, skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i zasadnie nie odrzucił oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż zamawiający nie odrzucił oferty, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ swoim działaniem przystępujący utrudnia dostęp odwołującemu do rynku zamówień publicznych na właściwym rynku nie potwierdził się.

Odwołujący utożsamia wybór oferty przystępującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z utrudnieniem mu dostępu do rynku („Przykładem *zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp jest zaproponowanie przez wykonawcę 99-letniego okresu gwarancji, naruszające art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 Pzp (…) Wskazanie w ofercie liczby punktów istotnie wyższej niż liczba punktów akceptujących bony w ofercie S., będącej liczba nieprawdziwą, powinna być kwalifikowana analogicznie, co zmusza Zamawiającego do wyboru oferty ChDJ"* – str. 11 akapit pierwszy odwołania).

Abstrahując od oceny, czy w ogóle wybór oferty przystępującego w jednym, konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być zakwalifikowany jako utrudnienie innemu wykonawcy, uczestnikowi tego samego postępowania dostępu do rynku skład orzekający Izby podnosi, za wyrokiem Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 9 października 2014 r. IV CSK 56/14, zacytowanym przez samego odwołującego (str. 11 odwołanie ostatni akapit), że „Przesłanką *skutecznego postawienia zarzutu na podstawie art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (…) jest stwierdzenie,* że *sprawca działał z winy umyślnej, celowo, zmierzając do uzyskania korzyści lub wyrządzenia szkody. Z tego punktu widzenia istotny jest cały kontekst rozpowszechniania*

---

informacji, gdyż okoliczności i sposób działania na konkurencyjnym runku są elementami oceny pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami".

Skład orzekający Izby, rozpoznając wcześniejsze zarzuty, uznał że odwołujący nie udowodnił, by przystępujący – wskazując liczbę 1181 placówek realizujących kupony – działał choćby w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wobec czego uznać także należy, że odwołujący nie udowodnił niezbędnej przesłanki do uznania, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……