

WYROK

z dnia 30 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 18 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa kuponów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych oraz mleka dla pracowników Zakładu Centralny Zakład Odwadniania Kopalń w Czeladzi* (nr postępowania CZOK/90/14/15) prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy: **Chèque Déjeuner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Spółce Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie wykluczenia z postępowania Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr**

1

Sygn. akt KIO 2689/14

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego – Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu na rzecz odwołującego – Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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:

2

Sygn. akt KIO 2689/14

Uzasadnienie

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn.

Dostawa kuponów żywnościowych na realizację posiłków profilaktycznych oraz mleka dla pracowników Zakładu Centralny Zakład Odwadniania Kopalń w Czeladzi (nr postępowania CZOK/90/14/15).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 października 2014 r. pod nr 2014/S_197-347828, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.srk.com.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.352.940,50 zł, co stanowi równowartość 793.614,17 euro.

8 grudnia 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu: Sodexo Benefits and Rewards Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Sodexo”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Chèque Déjeuner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „ChD”}, a także o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

18 grudnia 2014 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, a także od zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania ChD .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 (Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców).
2. Art. 7 ust. 3 (Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy).
3. Art. 24 ust. 2 pkt 3 (Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć

3

Sygn. akt KIO 2689/14

wpływ na wynik prowadzonego postępowania).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Sodexo i uznania jej oferty za odrzuconą.
2. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty ChD.
3. Wykluczenia ChD oraz uznania jego oferty za odrzuconą.
4. Dokonania oceny ofert z zachowaniem zasad określonych w pzp, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, a w konsekwencji wyboru oferty Sodexo.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{1.}

Odwołujący podał, że z zawiadomienia z 8 grudnia 2014 r. dowiedział się o unieważnieniu przez Zamawiającego decyzji z 2 grudnia 2014 r. o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, z powołaniem się na to, że Sodexo składając ofertę podało nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania. Przy czym Zamawiający powziął wątpliwości co do wybranej przez siebie oferty na podstawie pisma ChD z 24 listopada 2014 r., które wpłynęło do Zamawiającego 1 grudnia 2014 r.

Na wstępie Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Sodexo, nie powinien był dokonywać jej wyboru 2 grudnia 2014 r., skoro poprzedniego dnia otrzymał pismo ChD, w którym zarzucono nieprawidłowości w ofercie Sodexo. Odwołujący zaznaczył jednak, że wybór jego oferty był decyzją prawidłową, gdyż na podstawie wspomnianego pisma nie można było ustalić ani podstawy prawnej, ani faktycznej wykluczenia Odwołującego, w tym odpowiadającego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący podał, że pomimo dokonania wyboru jego oferty, Zamawiający wezwał go tego samego dnia do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zrelacjonował, że w zakreślonym przez Zamawiającego udzielił następujących wyjaśnień odnośnie wątpliwości co do liczby placówek gastronomicznych

i sklepów spożywczych realizujących bony.

W pierwszej kolejności wyjaśnił, że wszystkie punkty gastronomiczne oraz sklepy spożywcze przedstawione w wykazie stanowiącym podstawę oceny oferty należą do podmiotów, z którymi posiada podpisaną umowę o akceptację kuponów Sodexo. Umowy te nie zostały wypowiedziane przez osoby w tym zakresie umocowane. Nie otrzymał także informacji o likwidacji punktu. W związku z powyższym nie miał podstaw prawnych do wykreślenia takich punktów ze swoich wykazów.

Następnie wskazał, że mając na uwadze dotychczasową współpracę oraz chęć zachowania wysokich standardów, dokonał przeglądu stanu faktycznego w odniesieniu do zarzucanych punktów. W wyniku podjętych działań stwierdzono, że:

4

Sygn. akt KIO 2689/14

- 13 punktów istnieje i realizuje kupony Sodexo;
- w 2 punktach można zakupić art. spożywcze;
- w przypadku 11 punktów nastąpiła pomyłka w adresie lub nazwie punktu;
- w przypadku 23 punktów nastąpiło zdublowanie pozycji w wykazie, co zazwyczaj jest wynikiem podawania przez właściciela przy zawieraniu umowy kilku branż do jednego punktu handlowego; w związku z tym Sodexo wnioskowało o odjęcie zdublowanych punktów i pozostawienie jednego jako właściwego;
- kody pocztowe w 3 wymienionych lokalizacjach zostały dopisane na umowie przez właścicieli punktów, stąd możliwa była rozbieżność z podawanymi w wyszukiwarce internetowej; Sodexo wnioskowało o wykreślenie tych trzech lokalizacji;
- w przypadku 61 punktów nastąpiła likwidacja lub zmiana właściciela; Sodexo poprosiło o usunięcie tych punktów z wykazu.

W dalszej części pisma Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższe okoliczności nie były mu znane do tej pory. Podkreślił także, że rynek handlu detalicznego charakteryzuje się ciągłymi i bardzo dynamicznymi zmianami. Pomimo obowiązku wynikającego z zawartej z Sodexo umowy właściciele tych punktów nie poinformowali o likwidacji placówek. Odwołujący zapewnił przy tym, że podejmie stosowne działania faktyczne i prawne w stosunku do wskazanych kontrahentów.

W piśmie jako kluczową okoliczność wskazano fakt, że wykreślenie powyższych punktów z oferty nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty, gdyż po ich odjęciu liczba pozostałych punktów Sodexo daje taką przewagę nad ofertą ChD, że oferta Sodexo jest nadal ofertą najkorzystniejszą. A konkretnie, że skoro wykazana liczba punktów akceptujących kupony na posiłki profilaktyczne na terenie podanym przez Zamawiającego, to odpowiednio: dla Sodexo 1669 punktów, a dla ChD 1369 punktów, wskazana przez konkurencję liczba zakwestionowanych punktów nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący podsumował, że powstałe różnice biorą się z pomyłek mających swe źródło w narzędziach informatycznych, a także z naruszenia obowiązków informacyjnych przez kontrahentów, a nie z nieuczciwości Sodexo.

Odwołujący zarzucił, że pomimo takich wyjaśnień, z nieznanych przyczyn i bez uzasadnienia prawnego i faktycznego, a w szczególności odniesienia się do przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, Zamawiający dokonał wykluczenia Sodexo z postępowania. Przy czym w swoim piśmie Zamawiający ograniczył się do przytoczenia brzmienia tego przepisu, a także dodał lakonicznie, że Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach z 5 grudnia 2014 r. podanie nieprawdziwych informacji w ofercie, co *rzutowało to na wysokość oceny punktowej oferty*. Zamawiający nie napisał jednak w jaki sposób. Z kolei dalsza część uzasadnienia

5

Sygn. akt KIO 2689/14

dotyczyła niezwiązanego ze sprawą i podstawą wykluczenia art. 26 ust. 3 pzp, który i tak nie mógłby znaleźć zastosowania, gdyż w tym przypadku nie chodzi o spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a o placówki, które znajdują odzwierciedlenie w ocenie ofert na podstawie kryterium oceny ofert. Zdaniem Odwołującego nie można zatem rozważać w ogóle uzupełnia w celu dokonania konwalidacji oferty, gdyż nie ma nawet potrzeby

jakiegokolwiek konwalidacji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wadliwie poinformował go o wyniku oceny ofert, w tym o powodach wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą.

Odnosnie interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp Odwołujący zaznaczył, że w orzecznictwie Izby podkreśla się, że: *Istotą informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację, musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd.* Z kolei w wyroku z 14 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 859/14) Izba wskazała następujący sposób interpretacji postępowania wykonawców w sprawach podania nieprawdziwych informacji: 1. *Dla prawidłowego stosowania przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 pzp konieczna jest jego prounijna wykładnia, zgodnie z którą tylko wykazanie przez zamawiającego umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji daje podstawę do wyeliminowania go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.* 2. *Należy zauważyć, że art. 26 ust. 3 p.z.p. referuje do pojęcia błędu, które to obejmuje również przypadki, w których określona informacja (twierdzenie) nie znajduje oparcia w rzeczywistości. Nie można przy tym sprowadzać omawianej problematyki do stwierdzenia, że każda nieprawdziwa informacja nie podlega uzupełnieniu w trybie ww. przepisu, bowiem pojęcia błędu i nieprawdziwej informacji mogą być w pewnej mierze utożsamiane.* 3. *Wypracowana w orzecznictwie zasada niewzywania do uzupełnienia /dokumentów obejmujących swą treścią informacje nieprawdziwe ogranicza się do złożenia talach informacji umyślnie, nie zaś do posłużenia się nimi bez względu na przyczynę. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania byłoby w efekcie szkodliwe dla konkurencji na rynku zamówień publicznych, powodując konieczność odrzucania ze względów stricte formalnych ofert niejednokrotnie tańszych.* {II.}

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że Zamawiający uznał konkurencyjną ofertę za najkorzystniejszą, pomimo że ChD podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Według Odwołującego zaakceptowane przez Zamawiającego wykazy ChD zawierają takie punkty, które stanowią informację nieprawdziwą. Powoduje to, że przewaga Sodexo nad ChD w oferowanej liczbie punktów powiększa się, co jeszcze bardziej uwypukla brak wpływu uchybień w ofercie Sodexo na wynik postępowania. Ponadto przy podejściu Zamawiającego do kwestii nieprawdziwych informacji okoliczność ta powinna być uznana za

6

Sygn. akt KIO 2689/14

stanowiącą podstawę do wykluczenia ChD. W ocenie Odwołującego jest to o tyle istotne, że pomimo weryfikacji oferty Sodexo, Zamawiający nie dokonał takiej weryfikacji oferty ChD, a tym samym nierówno potraktował obu wykonawców.

Odwołujący podniósł, że przeprowadzona przez niego weryfikacja punktów podanych przez ChD w wykazie stanowiącym podstawę oceny oferty dała następujące efekty:

- 122 punkty podane w wykazie nie istnieją, zostały zlikwidowane;
- w 97 placówkach otrzymał ustne informacje o braku możliwości płacenia bonami ChD;
- w 37 placówkach uprawnione osoby potwierdziły pisemnym oświadczeniem brak umowy z ChD;
- do 6 placówek (stołówki, bufety i restauracja-kawiarnia) nie mają dostępu osoby z zewnątrz;
- jedna pozycja nie ma w swoim asortymencie art. spożywczych (sklep wielobranżowy);
- dwie pozycje stanowią jedną placówkę, która została zdublowana.

{Przy czym w odwołaniu zawarto dla każdej z powyżej wyszczególnionych kategorii tabele z podaniem nr pozycji, nazwy placówki, adresu i miasta z wykazu ChD oraz zamieszczeniem uwagi precyzującej stwierdzonej przez Sodexo stan rzeczy}

Odwołujący podkreślił, że ChD musiało sobie zdawać sprawę z faktu nieprawdziwości składanych oświadczeń (w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia). W szczególności ponieważ Wykonawca ten wskazał jako placówki prywatne domy lub placówki, które sam kwestionował w ofercie Sodexo {to ostatnie według pierwszej tabeli dotyczy dwóch pozycji wykazu ChD}, świadomie i z premedytacją podał nieprawdę.

Odwołujący z pozbawienia go zamówienia przez unieważnienie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a także bezprawnej próby ChD uzyskania zamówienia przez złożenie

oferty z naruszeniem wymagań SIWZ, wywiódł istnienie wymaganego przepisami pzp związku przyczynowo-skutkowego.

Odwołujący podsumował, że zgodnie z określonymi przez Zamawiającego warunkami, po wykluczeniu ChD oraz uznaniu za odrzuconą ofertę tego Wykonawcy, oferta Sodexo, już jako jedyna, powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia do złożenia odpowiedzi na odwołanie.

19 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej {pismo datowane na 18 grudnia 2014 r.} – zgłoszenie przez Chèque Déjeuner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

7

Sygn. akt KIO 2689/14

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego w przypadku Odwołującego ewidentnie doszło do podania w ramach oświadczenia woli danych niezgodnych ze stanem faktycznym, co było istotne, gdyż rzutowało na ocenę w ramach przyjętego kryterium oceny ofert. Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że ocena strony podmiotowej zachowania Odwołującego leży poza zakresem kompetencji Zamawiającego.

Zamawiający powołał się również na to, że zwrócił się do Przystępującego o odniesienie się do zarzutów odwołania. Zamawiający stwierdził, że o ile od Odwołującego otrzymał potwierdzenie niezgodności stanu faktycznego w stosunku do złożonej oferty, o tyle Przystępujący w pełni potwierdził adekwatność stanu odzwierciedlonego w ofercie. Wobec tego, polegając na oświadczeniach Wykonawców, w szczególności uwzględniając, że Odwołujący zmodyfikował ofertę, a także nie zweryfikował wszystkich pozostałych punktów akceptujących, podtrzymuje swoją decyzję z 8 grudnia 2014 r.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że w zakresie nieuregulowanym ustawą pzp do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, a wg kc zmianę oferty należy poczytywać za nową ofertę. Zarówno cena, jak i drugi element stanowiący kryterium oceny ofert, czyli w tym przypadku liczba punktów akceptujących, stanowią elementy przedmiotowo istotne oferty, a w konsekwencji umowy. Z kolei wg ustawy pzp niedopuszczalna jest zmiana treści oferty, z wyjątkiem poprawienia

8

Sygn. akt KIO 2689/14

omyłek rachunkowych, jednakże przyznanie przez Odwołującego, że część punktów akceptujących została w ofercie podana nieadekwatnie nie zalicza się do tej kategorii omyłek.

Z kolei Przystępujący na rozprawie wskazał na art. 7 ust. 3 pzp, który nakazuje wybrać wykonawcę w zgodzie z przepisami ustawy pzp, co według Przystępującego odnosi się nie tylko do jej przepisów proceduralnych, ale do całokształtu stanu faktycznego. Wobec podania nieprawdziwych informacji oferta Odwołującego nie nadawała się do rozważania w ramach kryteriów oceny ofert, w tym sensie była niezgodna z ustawą pzp.

Zdaniem Przystępującego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego była prawidłowa, gdyż art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wskazuje, że informacje nieprawdziwe miały lub też mogły mieć potencjalny wpływ na wynik postępowania.

Ponadto podniósł, że w swoim piśmie, które wpłynęło do zamawiającego 1 grudnia 2014 r. zastrzegł, że zakwestionowane punkty Sodexo wynikają z weryfikacji, którą był w stanie przeprowadzić w ciągu 5 dni przy środkach, którymi dysponował. Biorąc pod uwagę, że w przypadku Czeladzi zakwestionowano 20% punktów, a w przypadku Będzina 34%, według Przystępującego istnieje domniemanie, że gdyby prowadzić dalszą weryfikację wszystkich punktów, ich liczba dla wszystkich 7 miast spadłaby również w taki sposób, że tych punktów byłoby mniej niż liczba punktów akceptujących podanych przez Przystępującego.

W ocenie Przystępującego nie może działać na korzyść Odwołującego okoliczność przyznania, że część punktów podał niewłaściwie, co stanowi *de facto* zmianę treści oferty, a także okoliczność, że Przystępujący nie był w stanie dokonać pełnej weryfikacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Zgodnie z pkt 5.3.4. s.i.w.z. jednym z warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie możliwości realizacji kuponów żywieniowych {nazywanych również dalej „bonami”} w *minimum 3 sklepach/placówkach gastronomicznych* {nazywanych również dalej „punktami akceptującymi” lub „punktami realizującymi”} w *każdym mieście wymienionym*

9

Sygn. akt KIO 2689/14

w pkt 2. „Formularza cenowego” w danym miesiącu.

Natomiast w pkt 14 s.i.w.z. wprowadzono następująco określone kryteria oceny ofert:

- 1) łączna wartość nominalna kuponów z prowizją: znaczenie 80% (współczynnik 0,80), czyli *P* – kryterium dotyczące łącznej wartości nominalnej kuponów;
- 2) dostępność usługi 20% (współczynnik 0,20) c *najmniej 3 sklepy/placówki w jednym mieście*, czyli *U* – kryterium dotyczące ilości placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych realizujących kupony żywieniowe w 13 miastach wymienionych w pkt 2.2. załącznika nr 2 do s.i.w.z.

Załączniki nr 7 do druku pn. „Oferta” {załącznik nr 1 do s.i.w.z.} stanowi druk pn. „Formularz cenowy”, w którym poza ceną kuponów żywieniowych należało podać nazwy i adresy placówek gastronomicznych i sklepów z artykułami spożywczymi realizującymi kupony żywieniowe, przy czym zastrzeżono, że *minimum 3 placówki i sklepy w każdym z wymienionych miast*: Czeladź, Będzin, Sosnowiec, Dąbrowa Górnicza, Katowice, Gliwice, Siemianowice, Chorzów, Jaworzno, Bytom 41-907, Bytom 41-933, Zabrze i Czerwionka-Leszczyny.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty (Sodexo i ChD), w obu zaoferowano taką samą cenę. W obu ofertach wskazano co najmniej 3 punkty realizujące kupony w każdym z wymienionych 13 miastach. Przy czym w poszczególnych ofertach wskazano i załączono wykazy obejmujące następującą łączną liczbę punktów akceptujących kupony: Sodexo – 1669, ChD – 1369.

W szczególności w wykazie Sodexo:

– dla Zabrze w poz. od 219 do 248 znajdują się placówki pod nazwami: *Spółem Zabrze – Lux, Spółem Zabrze – Bochen, Spółem Zabrze, Spółem Zabrze – Goplana, Sklep „Bochen”*

lub *Sklep Lux* – jako sklepy spożywczo-przemysłowe.

– dla Czeladzi w poz. 14 wskazano *JAF – sklep nr 37* przy ul. Nowopogońskiej 228,

a w poz. 16 *Delikatesy Centrum* przy ul. 35-lecia PRL 1A – z branży handlowej,

W wykazie ChD dla Czeladzi wskazano:

– w poz. 7 *sklep mięso-wędliny* przy ul. Nowopogońskiej 228;

– w poz. 16 *Delikatesy Centrum* przy ul. 35-lecia 1A.

W doręczonym 1 grudnia 2014 r. piśmie z 24 listopada 2014 r. ChD oświadczyło, że dokonało w ciągu kilku ostatnich dni weryfikacji zaledwie niewielkiej części listy Sodexo, ale już na tej podstawie zdecydowało się wystąpić do Zamawiającego, z uwagi na skalę nieprawidłowości. Podano przykładowo, że w Czeladzi i Będzinie, w których zweryfikowano wszystkie punkty, nie istnieje odpowiednio 20% i 34% spośród nich. Natomiast po weryfikacji

10

Sygn. akt KIO 2689/14

częściowej (kilka największych ulic) w Zabrze, Sosnowcu i Gliwicach naliczono ponad 100 placówek, które nie powinny się znaleźć na liście Sodexo.

W ocenie ChD trudno uznać to za zwykłe pomyłki. ChD zachęcał Zamawiającego do wykluczenia Sodexo, gdyż *są ku temu pełne podstawy prawne*.

Jednocześnie ChD zapewniło, że jeżeli takie będzie życzenie Zamawiającego i otrzyma na to czas, dokona weryfikacji wszystkich placówek podanych w ofercie przez konkurencję, *gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo, że w ostatecznym rozrachunku okaże się, że nasza oferta była dla Państwa bardziej korzystna*.

Do pisma załączono *Listę placówek wskazanych w ofercie firmy Sodexo, jako akceptanci bonów profilaktycznych, które po weryfikacji w terenie z listy tej powinny zostać wykreślone*, na której w sposób nienumerowany wymieniono 112 (według niezakwestionowanego oświadczenia Sodexo na rozprawie) lub 113 (jeżeli zsumować liczby podane później w wyjaśnieniach przez Sodexo), wraz z krótką uwagą typu „nie istnieje”, „zdublowane”, „nie posiada umowy z sodexo”, „sklep nie spełnia SIWZ”, „brak takiej ulicy” lub kombinacją tego typu uwag.

W szczególności zgłoszono następujące uwagi do wykazów:

– dla Czeladzi – odnośnie poz. 14: *nie istnieje*, natomiast odnośnie poz. 16: *Nie istnieje, / tu Żanetka popełniła błąd pisząc Delikatesy Centrum, a mówiłam, że ma poprawić na Lewiatan / z tym, że mamy tam umowę jest tylko błąd w nazwie sklepu – Firma MAWI;*

– dla Zabrze – odnośnie poz. 222, 229, 230, 231, 235, 243, 246, 247, 248 i 249: *nie istnieje*; odnośnie poz. 225: *brak takiej ulicy w Zabrze*; odnośnie poz. 233: *nie istnieje, zdublowana jeszcze w poz. 242*; odnośnie poz. 237 i 239: *zdublowane*.

Pismem z 1 grudnia 2014 r., bezpośrednio po otrzymaniu pisma ChD z 24 listopada 2014 r., Zamawiający w następujący sposób wezwał Sodexo do ustosunkowania się do przedstawionych w nim zarzutów: *Jednocześnie Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wzywa do złożenia stosownego oświadczenia co do ilości przedstawionych w ofercie 1669 placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych realizujących Państwa kupony żywnościowe, która to ilość stanowiła kryterium oceny ofert. Uzupełnienie/ wyjaśnienie dokumentów należy złożyć w siedzibie Zamawiającego, (...) Zamawiający wyznaczył termin do 5 grudnia 2014 r.*

Pismem z 2 grudnia 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sodexo.

Pismem z 5 grudnia 2014 r. Sodexo przedstawiło swoje wyjaśnienia, których treść adekwatnie została przedstawiona w odwołaniu. W szczególności Sodexo potwierdziło

11

Sygn. akt KIO 2689/14

nieprawidłowości na wykazie punktów akceptujących bony w sumie dla 87 punktów (23 punkty zdublowane, 3 punkty z nieznanymi kodami pocztowymi, 61 punktów zlikwidowanych lub ze zmienionym właścicielem), wnioskując o ich wykreślenie.

W szczególności wśród 61 placówek, co do których Sodexo przyznało, że nastąpiła ich likwidacja lub zmiana właściciela jest:

- 9 sklepów w Zabrze oznaczonych jako *Społem Zabrze* lub *Społem Zabrze-Lux*;
- sklep JAF – sklep nr 37 w Czeladzi przy ul. Nowopogońskiej 228 (poz. 14) oraz *Delikatesy Centrum* w Czeladzi przy ul. 35-lecia PRL 1A (poz. 16) z branży handlowej.

Ponadto wśród 11 punktów, co których Sodexo oświadczyło, że nastąpiła pomyłka w adresie lub nazwie punktu jest sklep przy ul. Bytomskiej 75 w Zabrze (poz. 222), dla którego sprostowano, że zamiast *Społem Zabrze* powinno być *Lewiatan*.

Pismem z 8 grudnia 2014 r. Zamawiający unieważnił pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczył z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Sodexo, a za najkorzystniejszą uznał jedyną pozostałą ofertę ChD.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Sodexo:

Zamawiający informuje, że (...) ofertę złożył także Wykonawca pod nazwą Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (...), który został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Podanie przez Wykonawcę danych nie odpowiadających stanowi rzeczywistości na dzień składania ofert, co do ilości placówek gastronomicznych i sklepów spożywczych realizujących kupony żywnościowe (co zostało potwierdzone przez Wykonawcę pismem z dnia 05.12.2014 r.) było wynikiem zamieszczenia w ofercie nieprawdziwych informacji, w szczególności tego rodzaju, które rzutowały na wysokość oceny punktowej oferty (ilość placówek i sklepów realizujących kupony żywnościowe – kryterium oceny ofert, umożliwiającej jej wybór.

Zamawiający informuje także, że złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania uniemożliwia zastosowanie przez Zamawiającego trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż tryb uzupełniania oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert. Zatem uznać należy, że złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących ilości punktów realizujących kupony żywnościowe, co stanowi kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, a zatem mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku

12

Sygn. akt KIO 2689/14

wzywania do uzupełnienia oferty wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie można zastąpić informacji nieprawdziwych dokumentami prawdziwymi. Wobec powyższego w odniesieniu do dokumentu stanowiącego oświadczenie woli Wykonawcy co do wykazanych na dzień składania ofert placówek i sklepów realizujących kupony żywnościowe zawierającego informację nieprawdziwą, nie można uznać, iż ma się do czynienia z uchybieniem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można konwalidować.

W związku z powyższym Wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a tym samym jego oferta odrzucona.

Na wykazie ChD wyszczególniono punkty, których właściciele na 19 listopada 2014 r. nie mieli lub w ogóle nie zawierali umowy o współpracę z ChD, w szczególności w zakresie realizacji (akceptacji) bonów żywieniowych, względnie taka umowa została wypowiedziana:

- w Czeladzi poz. nr 18;
- w Siemianowicach Śląskich poz. nr: 27-29;
- w Gliwicach poz. nr: 42, 43, 81, 85, 86, 100, 102, 133-135, 160, 163, 166, 186, 187 189, 215, 262;
- w Sosnowcu poz. nr: 3, 5, 8;
- w Dąbrowie Górniczej poz. nr 42;
- w Czerwionce-Leszczyny poz. nr 40;
- w Zabrze poz. nr 149.

Zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy zawieranej przez Sodexo jako agentem a właścicielami punktów przyjmujących i akceptujących bony, ci ostatni zobowiązani są do poinformowania agenta o planowanym lub faktycznym zakończeniu działalności, lub o przerwie w działalności spowodowanej remontem, lub innej przerwie w działalności, dłuższej niż jeden miesiąc dla każdego ze swoich punktów usługowych.

Analogiczne postanowienie stosuje w swoich umowach ChD.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby

13

Sygn. akt KIO 2689/14

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która w świetle przyjętych kryteriów oceny może okazać się najkorzystniejsza. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

W pierwszej kolejności, z uwagi na stanowisko zaprezentowane przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie, skład orzekający uznał za wskazane za przypomnienie, że z mocy art. 192 ust. 7 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący odwołał się od wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Z ustalonych powyżej okoliczności wynika, że Zamawiający wykluczył Odwołującego wyłącznie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Tym samym za bezskuteczne, bo nie mieszczące się w granicach rozpoznania Izby, uznać należało powoływanie się na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego na okoliczności prawne i faktyczne, które nie były wskazane w zawiadomieniu przekazanym 8 grudnia 2014 r. Odwołującemu. W szczególności Zamawiający nie informował o tym, że wnioskowane przez Sodexo wykreślenie części punktów akceptujących uważa za niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty. Ponadto w oczywisty sposób nie mieści się w ramach hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Również poczyniony dodatkowo wywód na temat niemożności zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, abstrahując od jego merytorycznej adekwatności w okolicznościach sprawy {w której niesporne było, że Sodexo wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu} zmierza wyłącznie do wykazania, że nie można w trybie tego przepisu uzupełnić informacji nieprawdziwej.

Jak trafnie zauważyła Izba w uzasadnieniu wyroku z 13 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13) nie jest dopuszczalne toczenie na rozprawie merytorycznego sporu dotyczącego okoliczności faktycznych i prawnych, które nie były wskazane w informacji o czynności zamawiającego. Pogląd przeciwny prowadziłby do obejścia bezwzględnie obowiązującego art. 192 ust. 7 pzp oraz do zachwiania równości stron kontradyktoryjnego postępowania odwoławczego. W jego toku odwołujący popiera zarzuty odwołania, przedkłada dowody na ich poparcie oraz powinien być przygotowany na odparcie przeciwnych twierdzeń zamawiającego i przystępujących po jego stronie wyłącznie w odniesieniu do zarzutów odwołania, nie zaś do obrony swojej oferty w całości.

I. {przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp}

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia

14

Sygn. akt KIO 2689/14

wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z przywołanego powyżej art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika, że wykluczenie na tej

podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Z przesłanek tych wynika zatem związek przyczynowo-skutkowy polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, gdyż przedstawiałby się on inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy.

Ponadto konieczne jest zaznaczenie, że choć nie wynika to z literalnego brzmienia przywołanego przepisu, przy jego wykładni należy uwzględnić wskazówkę interpretacyjną wynikającą z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. O ile poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego można uznać za przesłankę mieszczącą się w ramach oceny wpływu na wynik postępowania, o tyle pojawia się tu odrębna przesłanka, aby wprowadzenie w błąd, czyli podanie nieprawdziwych informacji miało charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 jest potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądu okręgowego.

W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędy czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome w prowadzenie w błąd.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie przez zamawiającego, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył

Sygn. akt KIO 2689/14

nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

II. {zarzut dotyczący wykluczenia Sodexo z postępowania}

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający stwierdził na podstawie wyjaśnień uzyskanych od Sodexo, że Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje. Ponieważ Zamawiający sam nie prowadził żadnych dodatkowych ustaleń, zakres stwierdzonych przez niego nieprawdziwych informacji sprowadza się do zbioru placówek gastronomicznych i sklepów, co do których Sodexo w wyjaśnieniach z 5 grudnia 2014 r. potwierdziło, że nie powinny one znaleźć się na wykazie punktów realizujących kupony żywieniowe. Zatem nie budzi wątpliwości, że wyłącznie w takim zakresie została spełniona pierwsza z powyżej wyszczególnionych przesłanek. Odnotować jedynie można, że nic nie wnosi do sprawy podniesienie przez Zamawiającego, i to dopiero na rozprawie, że Sodexo nie zweryfikowało całego swojego wykazu, gdyż to na Zamawiającym ciążył ciężar wykazania większej skali nieprawidłowości, jeżeli chciał ją uczynić podstawą podjętej decyzji. Na marginesie należy zauważyć, że Zamawiający nie skorzystał z „oferty” ChD i nie zlecił mu prowadzenia dalszego „śledztwa” w sprawie domniemywanych kolejnych „martwych punktów” na wykazach Sodexo.

Natomiast Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji w ogóle nie odniósł się do wykazania pozostałych przesłanek, co jest wystarczającą podstawą do stwierdzenia przez Izbę, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przez błędne jego zastosowanie.

Zawiadomienie z 8 grudnia 2014 r. w ogóle nie porusza kwestii, czy Sodexo działało z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z kolei ze stanowiska Zamawiającego na rozprawie wynika wręcz, że Zamawiający nie uważa się za kompetentnego do prowadzenia w tym zakresie ustaleń. Niestety, dla skutecznego wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający miał obowiązek wykazania zaistnienia i tej przesłanki.

Wreszcie należy stwierdzić, że z zawiadomienia z 8 grudnia 2014 r. nie wynika na czym miałyby polegać wpływ stwierdzonych nieprawdziwych informacji na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający ograniczył się do wskazania, że ponieważ są to informacje, które rzutowały na wysokość oceny punktowej w ramach kryterium liczby placówek i sklepów realizujących kupony żywieniowe, mają one lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w rzeczywistości nie wykazał zaistnienia drugiej z wyszczególnionych

16

Sygn. akt KIO 2689/14

powyżej przesłanek z dwóch powodów. Po pierwsze – w okolicznościach danego przypadku informacja nieprawdziwa na wynik prowadzonego postępowania albo ma wpływ, albo może mieć wpływ, tzn. jeżeli da się ustalić, że nieprawdziwa informacja nie miała wpływu na wynik danego postępowania, nie można zamiast tego poprzestać na stwierdzeniu, że mogła mieć taki wpływ, z uwagi na przynależność do kategorii informacji branych pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu czy ocenie oferty w ramach kryteriów oceny ofert. Ponieważ przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego możliwe jest ustalenie, czy nieprawdziwa informacja miała wpływ na jego wynik, czyli wybór oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Po drugie – z uwagi na to, że przewaga Sodexo nad ChH w ramach, *de facto* rozstrzygającego w tym postępowaniu, kryterium największej liczby placówek gastronomicznych i sklepów realizujących bony żywieniowe wynosiła 300, a przyznanie się przez Sodexo w wyjaśnieniach z 5 grudnia 2014 r., dotyczyło znacznie mniejszej liczby, stwierdzone przez Zamawiającego nieprawdziwe informacje nie miały wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania. Warto zauważyć, że nawet gdyby odjąć wszystkie placówki i sklepy zakwestionowane w piśmie ChD z 24 listopada 2014 r., co jednak nie było punktem odniesienia dla decyzji podjętej przez Zamawiającego, oferta Sodexo jest nadal korzystniejsza.

Natomiast stanowisko Zamawiającego zajęte na rozprawie, jak to już na wstępie zaznaczono, dotyczyło okoliczności prawnych niezwiązanych z wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, a dotyczących zagadnienia niedopuszczalności zmiany treści złożonej oferty.

Z kolei Przystępujący bezskutecznie na rozprawie powoływał się na dokładnie te same okoliczności, co poprzednio zgłoszone Zamawiającemu w piśmie z 24 listopada 2014 r., czyli na swoje domniemania oparte na wynikach weryfikacji, które wówczas zgłosił. Umknęło przy tym Przystępującemu, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu, z którą nie może polemizować w tym postępowaniu odwoławczym (art. 185 ust. 5 pzp), nie została oparta nawet na załączonej do tego pisma liście nieprawidłowych punktów, a na przyznaniu Sodexo, które dotyczyło niektórych z nich. Wobec tego zbędne było dowodzenie nieistnienia lub zdublowania punktów akceptujących, co do których Sodexo przyznało, że nie istnieją.

Z drugiej strony Przystępujący nie mógł skutecznie dowodzić okoliczności, które nie stały się podstawą wykluczenia Sodexo, gdyż popadałby w sprzeczność z czynnością Zamawiającego, po którego stronie przystąpił.

Z tych względów Izba nie dopuściła wniosku Zamawiającego dowodu z pisma z 7 listopada 2014 r., które ChD otrzymało od Społem Zabrze sp. z o.o. Ponadto z pisma tego wynika jedynie, że na mocy porozumienia stron zostaje rozwiązana umowa

17

Sygn. akt KIO 2689/14

o współpracy nr 1418 zawarta 28 czerwca 2011 r., ze skutkiem na 1 grudnia 2014 r. Dowód ten nie potwierdza zatem bezpośrednio twierdzenia Przystępującego o przejęciu placówek

przez inny podmiot, gdyż nie podano przyczyny rozwiązania umowy. Tym bardziej dokument ten nie może potwierdzać, że analogiczne pismo zostało przesłane do Sodexo. Wreszcie należy zauważyć, że Przystępujący nie sprecyzował dokładnie, których pozycji wykazu Sodexo miałyby dotyczyć to pismo, a jak Izba ustaliła powyżej, choć placówek z nazwą „Społem Zabrze” jest tam wiele, a nie do wszystkich spośród nich zgłoszono jakiegokolwiek zastrzeżenia.

Na marginesie skład orzekający Izby przyznaje, że nie był w stanie stwierdzić, czy uwaga o tym, że pani Żanetka pisząc „Delikatesy Centrum”, choć mówione przecież miała, że ma poprawić na „Lewiatan”, z tym że umowa zawarta jest z firmą „Mawi”, odnosi się do wykazu Sodexo czy ChD.

III. {zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia ChD z postępowania}

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że ChD podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Przede wszystkim nie sposób stwierdzić, aby zawyżenie przez ChD liczby punktów akceptujących bony mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, skoro Sodexo i tak miało ich więcej. Uznanie oferty ChD jako najkorzystniejszej wynikało z faktu, że na chwilę podejmowania przez Zamawiającego tej decyzji była to według niego jedyna oferta. O ile zatem z powodu braku zaistnienia tej przesłanki Odwołujący skutecznie podważył swoje wykluczenie, o tyle tym bardziej nie mógł wykazać jej spełnienia w odniesieniu do wnioskowanego wykluczenia ChD.

Również w zakresie przypisania ChD działania w zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd dla uzyskania w ten sposób zamówienia, Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów. W szczególności wskazanie przez ChD jednej tożsamej placówki z zakwestionowaną na liście Sodexo {jest to pozycja, której dotyczy *casus* pani Żanetki; tożsamość drugiej pozycji z uwagi na odmienną nazwę nie udowodniono} nie dowodzi działania przez ChD z premedytacją {tym bardziej nie świadczy o niej uwaga skierowana do pani Żanetki}. Oba wykazy, siłą rzeczy, były sporządzane przed terminem składania ofert, natomiast weryfikacja i zastrzeżenia ChD miały miejsce po otwarciu ofert.

Z uwagi na powyższe Izba uznała za zbędne szczegółowe badanie w jakim zakresie wykazy punktów akceptujących kupony ChD zawierają nieprawdziwe informacje. Przewaga Sodexo w liczbie niezakwestionowanych skutecznie punktów akceptujących powoduje, że nie ma znaczenia jak wiele nieprawidłowości zostałyby stwierdzone na listach ChD. Izba w tym zakresie nie dopuściła dowodu z dokumentacji zdjęciowej załączonej do odwołania – w zakresie, w jakim na zdjęciach nie widać nazwy lub adresu placówki kwestionowanej

Sygn. akt KIO 2689/14

placówki. W pozostałym zakresie dokumentacja stanowi w większości jedynie zaczątek dowodu, gdyż zmiana nazwy może oznaczać tylko nieaktualność nazwy w wykazie, a uwidocznione zasunięcie roletami nie dowodzi jednoznacznie likwidacji danej placówki. Z kolei same oświadczenia własne Odwołującego, że uzyskał ustną informację o braku akceptacji kuponów ChD nie stanowią dowodu, podobnie jak analogiczne twierdzenia Przystępującego w stosunku do Sodexo.

Tym niemniej w ocenie Izby Odwołujący wykazał, że wykazy z oferty ChD nie odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy – w zakresie, w jakim uzyskał od właścicieli powyżej podanych sklepów i placówek gastronomicznych pisemne oświadczenia, że na dzień upływu terminu składania ofert (19 listopada 2014 r.) nie mieli (nie zawarli) z ChD umowy o współpracy, w szczególności w przedmiocie realizacji (akceptacji) bonów żywieniowych profilaktycznych, lub taką umowę wypowiedzieli. Należy tu odnotować jednak, że Odwołujący, wbrew swojemu twierdzeniu, nie udowodnił tego dla wszystkich 37 deklarowanych punktów, gdyż nie dla wszystkich z nich przedstawił takie oświadczenia, a ponadto w jednym z nich właściciel wręcz potwierdził, że na 19 listopada 2014 r. ma taką umowę, a jedynie do 12 grudnia 2014 r. nie pojawił się jeszcze żaden klient, który chciałby takie bony realizować.

Dowody te nie zostały skutecznie zakwestionowane przez Zamawiającego lub Przystępującego. W szczególności Przystępującego nie powinno dziwić uzyskanie tych oświadczeń w ciągu kilku dni, skoro sam w ten sposób prowadził analogiczną weryfikację, tyle tylko, że poprzestał na własnych twierdzeniach, a nie był w stanie poprzeć ich dowodami.

IV. {zarzut dotyczący nierównego traktowania wykonawców}

Warto w tym aspekcie zwrócić uwagę na niekonsekwentne działanie Zamawiającego, który wykluczył za przyznanie się do błędu Sodexo, natomiast bezkrytycznie zaakceptował oświadczenie Przystępującego, który przyjął po prostu odmienną taktykę niż Odwołujący, choć *de facto* powołał się na analogiczne okoliczności.

W piśmie z 23 grudnia 2014 r. Przystępujący w pierwszej kolejności powołał się na to, że jego zdaniem odwołanie nie zawiera dowodów na poparcie stanowiska jakoby ChD świadomie wskazała w ofercie placówki, które nie mają z nią podpisanych umów na dystrybucję bonów profilaktycznych. W szczególności Przystępujący podniósł, że w odwołaniu zakwestionowano 97 placówek w oparciu o ustne informacje o braku akceptacji bonów ChD, co nie jest wiarygodne.

Następnie Przystępujący podkreślił, że wskazał w wykazie wszystkie placówki (1369), z którymi na dzień składania ofert był związany umową. Natomiast w przypadku adresów,

19

Sygn. akt KIO 2689/14

które według odwołania są nieaktualne, ponieważ umowy zawarte przez ChD z placówkami zobowiązywały je do informowania o takich zmianach, jeśli tego nie uczyniły, zdaniem Przystępującego trudno go winić za taki stan rzeczy.

Przystępujący odniósł się także do faktu zamieszczenia przez Sodexo w wykazie placówek na podstawie umowy z PSS Spółem, z którym także ChD miało zawartą umowę. Przystępujący podniósł, że sieć PSS Spółem przejął następnie inny podmiot, wskutek czego PSS Spółem wysłało do siedzib ChD i do Sodexo wypowiedzenia umów. Zdaniem Przystępującego niemożliwe jest, aby Sodexo nie wiedziało o wypowiedzeniu umowy. W ocenie Przystępującego potwierdza to, że Sodexo świadomie zamieściło w swoim wykazie nieprawdziwe informacje o placówkach PSS Spółem.

Przystępujący zatem wprost nie zaprzeczył, że jego lista placówek mogła być nieaktualna, z góry zastrzegając, że jeżeli tak się stało, to nie z jego winy, lecz z powodu niedochowania obowiązków informacyjnych ze strony kontrahentów. Poza tym Przystępujący wskazywał na nieudowodnienie twierdzeń Odwołującego. Co więcej, pomimo wprost nieprzyznania się do żadnej z zarzucanych nieprawidłowości, część z nich została udowodniona przez Odwołującego.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie dochował obowiązku takiego samego traktowania analogicznych zachowań wykonawców, a zatem naruszył art. 7 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji art. 7 ust. 3, ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy inne rozstrzygnięcie nie mogło zapaść. Oczywiście nie oznacza to, że Zamawiający nie ma prawa i nie powinien poszukiwać innego skutecznego prawnego sposobu wyegzekwowania od wykonawców, aby składali rzetelne oświadczenia co do aktualnego stanu oferowanych miejsc realizacji kuponów żywieniowych. Wątpliwości budzi sytuacja, w której to Zamawiający ostatecznie ponosi koszty prowadzonej takimi metodami walki konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 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

20

Sygn. akt KIO 2689/14

rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: