

Sygn. akt: KIO 934/20

WYROK
z dnia 22 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę: **Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka,**

przy udziale wykonawcy: **Górnośląskie Konsorcjum Handlowe sp. z o.o. ul. Kolejowa 32, 44-200 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa oraz realizacja bonów towarowych żywnościowych o nominale 18,00 zł”. Ogłoszenie o zamówieniu pod nr 2020/S 025-056052 zostało opublikowane dnia 05.02.2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W dniu 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty Górnośląskie Konsorcjum Handlowe sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej „GKH”), jako oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca: Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. (dalej „Sodexo”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych i przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, a w tym:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, że Odwołujący nie wprowadził w błąd Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GKH, 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;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty GKH, niewłaściwie stosując ustalone kryteria oceny ofert, a tym samym doprowadził do sytuacji, w której oferta Odwołującego nie została wybrana, jako oferta najkorzystniejsza;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert zgodnie przepisami prawa oraz kryteriami oceny ofert, określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, przy zachowaniu zasad określonych w Pzp,

w szczególności zasady uczciwej konkurencji, w tym unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wykluczenia wykonawcy GKH i odrzucenia jego oferty;

3) zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że nie podlega wykluczeniu i nie powinien być wykluczony z postępowania. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ. W świetle kryteriów określonych w SIWZ oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez Odwołującego poprzez bezprawne odrzucenie Odwołującego oraz bezprawny wybór oferty GKH naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz utratę wynikającego stąd przychodu.

Ad. zarzut 1

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Ponadto, zgodnie z ust. 4 tego artykułu, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Jak wynika z treści pisma Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2020 r., wykonawca Sodexo został wykluczony z postępowania jako wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił ofertę zawierającą nieprawdziwe (nieaktualne) dane w kluczowym dla wyniku postępowania dokumencie (wykazie punktów handlowych i gastronomicznych), który był podstawą oceny oferty. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że wykonawca Sodexo do oferty załączył listę punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych, zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz punktów gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, która budziła wątpliwości Zamawiającego. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego, wskazany pod pozycją nr 2 załączonego do oferty wykazu punktów handlowych i gastronomicznych punkt handlowy F.U. BISTRO B. K. nie prowadzi działalności pod wskazanym adresem. Pismem z dnia z dnia 23 marca 2020 r.

Zamawiający wezwał Sodexo na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie poprawności złożonych oświadczeń oraz w zakresie funkcjonowania punktu gastronomicznego z pozycji 2 wykazu punktów handlowych i gastronomicznych. Zamawiający stwierdził, że w dniu 30 marca 2020 r. wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie listy placówek, w których stwierdził, że punkt handlowy F.U. Bistro istnieje i nie został zamknięty, na dowód czego przedstawił jednostronny wystawiony przez siebie dokument, który zawiera wyłączenie nazwę zwyczajową bliżej niesprecyzowanego „BISTRO”. Zamawiający wskazał, że z CEiIDG wynika, że Pani B. K. zaprzestała wykonywania przedmiotowej działalności gospodarczej w dniu 2 stycznia 2013 r., a tym samym znajduje

potwierdzenie fakt, że oferta została przygotowana co najmniej w sposób niedbały. Zamawiający podkreślił, że jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest ilość punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz punktów gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, akceptujących dostarczane przez wykonawcę bony - 100%. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiana wykazu oznaczałaby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalną praktyką i ma istotny wpływ na ocenę oferty. Zamawiający stwierdził także, że nie mógł poprawić omyłki w ofercie Odwołującego, gdyż takowa sytuacja nie zaistniała. Zdaniem Zamawiającego, że złożonych wyjaśnień wykonawcy wynika, że przedłożona lista placówek jest nieaktualna, a oferta nie została przygotowana z należytą starannością. Zamawiający uznał, że wykonawca Sodexo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego. Odwołujący przyznał, że w dokumencie załączonym do oferty (wykazie) pojawiła się omyłka i to nieistotna wobec treści całej oferty (oferty wraz z dokumentami), z której treścią Zamawiający mógł się zapoznać i ją ustalić na podstawie złożonych dokumentów, a już na pewno po wyjaśnieniach Odwołującego. W omawianym przypadku nie zaszły okoliczności uzasadniające wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W przypadku oferty Sodexo i przekazanych przez wykonawcę informacji, w tym dokumentów, nie mogło dojść do wypaczenia konkurencji. Zamawiający od samego początku dysponował informacjami, które w przypadku Odwołującego pozwalały mu na weryfikację poprawności przekazanych przez tego Wykonawcę informacji i dokumentów, nawet jeżeli doszło do tego, że do wykazu punktów załączono dodatkowo niewłaściwą umowę, którą zasugerował się Zamawiający, uznając że punkt nie istnieje i nie akceptuje bonów, wobec faktu zaprzestania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, widniejącego jako strona umowy w „dodatkowej” umowie. Na potwierdzenie bowiem faktu, że punkt istnieje oraz że akceptuje bony załączono właściwą umowę, którą od samego początku Zamawiający miał w swoim posiadaniu, tj. umowę z firmą handlową H. Ś..

Punkt zatem istniał i istnieje (co potwierdza także GKH w swoim piśmie z dnia 24 marca 2020 r.; poz. 46 wykazu tego wykonawcy). Jest wskazany i akceptuje bony. Błędnie wskazano umowę z Panią K., bo właścicielem FU BISTRO jest H. Ś. . Zmienił się jego właściciel, ale

umowę z nowym właścicielem Odwołujący także zamieścił w dokumentach wraz z ofertą. Zamawiający od samego początku dysponował więc kompletem informacji pozwalających na jednoznaczne potwierdzenie spełniania warunków, pomimo, że wśród dokumentów znalazła się nieaktualna, dodatkowa umowa zawarta z Panią B. K., która na skutek zaprzestania działalności na dzień złożenia oferty już nie obowiązywała. Nie świadczy to jednak w żadnym razie, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd albo że uprawnione jest twierdzenie, że oferta została przygotowana przez Sodexo w sposób, który zawierałby informacje nieprawdziwe, co skutkować by miało spełnieniem przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wie, że punkt spełnia wymogi stawiane w SIWZ, bo znajduje się na terenie Kopalni Wieliczka. Ponadto, p. H. Ś. posiada też restaurację SALIN (poz. 42 wykazu), gdzie przyporządkowano właściwą umowę. Umowa z Panią K. jest ponadwymiarowa i niepotrzebna. Jest to faktem, pomimo że w pkt 2 wykazu widnieje: BISTRO - PARK KINGI 1, K. B. FU BISTRO, WIELICZKA.

Zamawiający niewłaściwie zatem dokonał oceny oferty Sodexo, pominął istotne elementy treści wyjaśnień z dnia 27 marca 2020 r. oraz błędnie zinterpretował przepisy Pzp, na podstawie których dokonał wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty. Wykonawca Sodexo wyjaśnił, że przez omyłkę załączył do oferty niewłaściwą umowę oraz, że w ramach wyjaśnień dołączył kartę punktu do umowy, która potwierdziła poprawne dane, bo punkt istnieje i nie został zamknięty. Karta punktu handlowego jest dokumentem standardowym Sodexo i w ustalonej wewnętrznej procedurze jest dołączana do umowy w każdym przypadku zgłoszenia dodatkowego punktu przez właściciela. Ma to na celu zapewnienie należytego porządku i dbałości o aktualność sieci. Karta została dostarczona Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami, w celu łatwiejszego odszukania w przekazanej wraz z ofertą dokumentacji - kopii umowy z przedsiębiorcą H. Ś. . Zamawiający w ogóle nie odniósł się do ewentualnego wpływu ww. omyłki na ocenę ofert i wynik postępowania.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok KIO z 2 marca 2018 r., sygn. akt KIO 297/18, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13) publikację „Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej objęte Dyrektywą Klasyczną” Peter Trepte wydawnictwo Warszawa Katowice 2006 (...).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający całkowicie pominął też istotną część wyjaśnień.

Zgodnie z postanowieniami części III pkt 3 ppkt 3.4 SIWZ, bony żywieniowe winny być akceptowane przez co najmniej 10 punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz w co najmniej 2 punktach gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki. Wzór wykazu punktów handlowych i gastronomicznych wykonawcy stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.

Z powyższym postanowieniem korespondują zapisy części XVI ust. 4 SIWZ, dotyczące

kryterium oceny ofert i sposobu jego oceny, tj. celem dokonania oceny ofert wykonawca jest zobowiązany złożyć wykaz punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz wykaz punktów gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, akceptujących bony żywieniowe oferowane przez wykonawcę (wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ).

UWAGA!!! Bony żywieniowe winny być akceptowane przez co najmniej 10 punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz w co najmniej 2 punktach gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki. W przypadku gdy ilość punktów handlowych i gastronomicznych podana w załączniku nr 5 do SIWZ będzie mniejsza niż wskazane powyżej Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodną z treścią specyfikacji.

Podobnie § 2 ust. 4 wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) - bony żywieniowe winny być akceptowane przez co najmniej 10 punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz w co najmniej 2 punktach gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki — szczegółowy wykaz punktów handlowych i gastronomicznych stanowi załącznik nr 1 do umowy.

Sodexo wykazało w wykazie (Załącznik nr 5 do SIWZ) załączonym do oferty 52 punkty, w tym 33 punkty handlowe i 19 punktów gastronomicznych. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły pozycji wykazu nr: 2, 10, 13, 14 i 25. Pozycja nr 10 to punkt handlowy, a pozostałe to punkty gastronomiczne. Wątpliwości dotyczące innych pozycji wykazu zostały wyjaśnione, co oznacza, że Sodexo bez żadnych wątpliwości wykazało 32 pkt handlowe i 15 punktów gastronomicznych. Zamawiający przyjął treść wyjaśnień Sodexo z dnia 27 marca 2020 r. w odniesieniu do tych punktów, co potwierdza treść pisma z 20 kwietnia 2020 r., gdzie kwestionuje jeden tylko punkt - i to w istocie niesłusznie, bo w oparciu o brak dokładnej weryfikacji całości oferty Sodexo oraz złożonych wraz z nią dokumentów. Oferta Sodexo nie powinna być odrzucona, ale powinna podlegać ocenie.

Ad. zarzut 2 i 3

Odwołujący podniósł, że ze względu na nieprawidłowości w wykazie złożonym przez GKH, wykonawca ten powinien być wykluczony za podanie nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, do oceny ofert powinny być przyjęte przez Zamawiającego tylko 18 punktów. Wobec tego nie ulega wątpliwości, który wykonawca złożył korzystniejszą ofertę.

W informacji z otwarcia ofert Zamawiający wskazał, że GKH wykazał 55 punktów akceptujących bony. Taką też liczbę punktów Zamawiający przyjął do oceny (co potwierdził

w piśmie z dnia 24 kwietnia 2020 r.). Stało się tak pomimo, że wykonawca GKH przedłożył oświadczenia, z których nie wynika, którego punktu w wykazie dotyczy oświadczenie. Tylko w 23 przypadkach adres przedsiębiorcy jest tożsamy z adresem punktu. Podkreślić jednak należy, że w tej grupie tylko 18 punktów ma ten sam adres co przedsiębiorca, który jest właścicielem punktu.

Ponadto, wykonawca GKH przedstawił w ofercie dwa rodzaje oświadczeń. Jeden mówiący o tym, że firma akceptuje kupony GKH, a drugi, że będzie akceptował kupony wynikające z realizacji umowy dla kopalni (czyli po rozstrzygnięci przetargu).

Z dokumentacji postępowania nie wynika, w jaki sposób Zamawiający ustalił, jakie punkty są w posiadaniu jakiego podmiotu gospodarczego, ani gdzie to sprawdził i czy w ogóle to sprawdził. SIWZ wymagała, aby z oświadczenia wynikało, że w danym punkcie akceptowane są bony oferowane przez wykonawcę. Z oświadczeń złożonych przez GKH nie wynika, że bony są akceptowane w danym punkcie. Ww. osiemnaście złożonych przez GKH oświadczeń, nie spełnia warunków SIWZ.

Po analizie oświadczeń (Tabela Wieliczka) okazało się, że w odniesieniu do 24 punktów, złożono deklaracje, że przedsiębiorcy „będą” akceptować, a w 31 przypadkach, że realizują. W załączeniu zestawienie własne wskazujące punkty, które „realizują” oraz te które „będą realizować”. Oznacza to, że pomimo zaoferowania przez GKH aż 55 punktów pomimo, że wykonawca ten powinien być wykluczony za podanie nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, do oceny ofert mogło być przyjęte co najwyżej 18 punktów, czyli jeszcze mniejsza liczba punktów spośród 31 punktów deklarujących realizację kuponów na dzień składania ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że GKH, składając dwa rodzaje oświadczeń — dotyczących punktów, które realizują oraz punktów, które będą realizować bony, potwierdził poprzez złożone oświadczenia, że na dzień składania ofert 24 punkty nie akceptowały bonów, czego wymagał Zamawiający w SIWZ. Oświadczenia dotyczące przyszłej realizacji bonów dotyczą tylko bonów, które miałyby być realizowane w ramach umowy o zamówienie publiczne. Z tego względu są one niewiarygodne, jako dowód potwierdzenia wymagania koniecznego do oceny ofert w ramach kryterium i zostały pozyskane tylko w celu zdobycia przewagi nad Sodexo w ramach oceny ofert i na ten użytek.

Powyższe ma szczególne znaczenie ze względu na fakt, że sieć punktów, której posiadanie potwierdzać miały złożone wykazy punktów, jest istotny elementem przedmiotu zamówienia, który oferowany przez wykonawców był oceniany w ramach kryterium oceny ofert, a zatem musi istnieć w dniu składania ofert (co jednoznacznie potwierdził Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 4 marca 2020 r.). Stąd przyszłe punkty, potencjalnie akceptujące bony GKH nie powinny być brane pod uwagę, bo nie tworzą możliwości do zaoferowania na dzień składania ofert sieci akceptującej bony tego wykonawcy. Twierdzenie

to jest tym bardziej zasadne, że GKH w ramach swojej oferty wykazał punkty, z którymi już miało umowy na dzień składania ofert, a tam gdzie nie udało się im zawrzeć umów zdobyli oświadczenia, co do przyszłej akceptacji. Gdyby w oświadczeniach była data składania ofert, od której punkt akceptowałby bony, to można byłoby uznać zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego, że ma te punkty, ale faktycznie GKH ich nie miało. Jak pokazała dokonana przez Odwołującego weryfikacja punktów wykazanych przez GKH na dzień 28 kwietnia 2020 r., czyli po dokonaniu wyboru oferty w postępowaniu, w dalszym ciągu nie posiada. Wykonawca GKH powinien być zatem wykluczony.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że kopia wyciągu z umowy z dnia 3 lipca 2019 r. w ogóle nie wskazuje jakie punkty handlowe Lidl akceptują bony GKH. Umowa ta ma charakter ramowy, a więc należy zakładać, że powinna zawierać wykaz punktów akceptujących bony. Wyciąg z umowy nie potwierdza zatem w żadnym razie, że wykazane punkty Lidl akceptują bony GKH.

Odwołujący podkreślił, że ani oświadczenia, ani kopie umów nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie są bowiem dokumentami na potwierdzenie spełniania warunków udziału.

Odwołujący wskazał, że w jednym pytań do SIWZ zaproponowano bowiem treść oświadczenia podmiotu trzeciego w sprawie akceptacji bonów o treści „Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy podczas wykonywania przez niego Umowy na Dostawę oraz realizacja bonów towarowych żywieniowych o nominale 18,00 zł” dla Kopalni Wieliczka”.

W odpowiedzi z dnia 4 marca 2020 r. Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że będzie brał pod uwagę tylko wykaz punktów akceptujących bony na dzień składania ofert, co znajduje potwierdzenie w sformułowaniu: „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, określając kryteria oceny ofert, nie wymaga akceptacji bonów w okresie sprzed zawarcia umowy, a jedynie żąda przedstawienia wykazu punktów handlowych i gastronomicznych akceptujących dostarczane przez Wykonawcę bony wraz z załączeniem (wraz z oferta) wystawionych najpóźniej w dniu składania ofert dokumentów potwierdzających ten fakt, które pozwolą Zamawiającemu stwierdzić, czy Wykonawca na dzień składania ofert zapewnia akceptację bonów przez wskazane przez siebie punkty handlowe i gastronomiczne. Data sporządzenia dokumentów nie może być więc późniejsza niż dzień składu ofert w postępowaniu.” Wynika to też z pkt XVI.4 SIWZ:

„4. Celem dokonania oceny ofert Wykonawca jest zobowiązany złożyć wykaz punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz wykaz punktów gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, akceptujących bony żywieniowe oferowane przez Wykonawcę (wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ).

UWAGA!!! Bony żywieniowe winny być akceptowane przez co najmniej 10 punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz w co najmniej 2 punktach gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, W przypadku gdy ilość punktów handlowych i gastronomicznych podana w załączniku nr 5 do SIWZ będzie mniejsza niż wskazane powyżej Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodną z treścią specyfikacji. ”

Dodatkowo, w odpowiedzi na pytania: „Czy Zamawiający wyraża zgodę na dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w ten sposób, że w Rozdziale XVI zostanie dodany w ust. 5, pod dotychczasową jego treścią tekst w brzmieniu:

„Przy ocenie oferty w ramach ww. kryterium uwzględnione będą tylko te punkty, w stosunku do których Wykonawca przedstawi dokumenty potwierdzające fakt akceptacji bonów na dzień składania ofert w postaci umowy zawartej z przedsiębiorcą prowadzącym wykazany punkt lub oświadczenie o akceptacji bonów w takim punkcie złożone przez uprawnioną osobę?”

oraz „Czy Zamawiający wyraża zgodę na dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w ten sposób, że Załącznik nr 5 do SIWZ będzie uzupełniony o zdanie:

„Do wykazu załączam dokumenty potwierdzające fakt akceptacji bonów na dzień składania ofert w postaci umowy zawartej z przedsiębiorcą prowadzącym wykazany punkt lub oświadczenie o akceptacji bonów w takim punkcie złożone przez uprawnioną osobę?”

Zamawiający dokonał odpowiednich zmian w SIWZ (zmiana z 26 lutego 2020 r.) rozstrzygając jednoznacznie, że na dzień składania ofert bony muszą być „Już akceptowane” w terminie składania ofert, a nie „być akceptowane w przyszłości” na podstawie oświadczenia złożonego nie później niż w terminie składania ofert.

Jeżeli zatem wykonawca, znając stanowisko Zamawiającego z 4 marca 2020 r., zdobył znaczną liczbę oświadczeń, to świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd wykazując punkty, które nie akceptują bonów, a dopiero być może będą.

Odwołujący ujawnił jednak próbę manipulacji, która wobec wykazania przez GKH 55 punktów i przez Sodexo 52 punktów mogła mieć istotny wpływ na wynik postępowania (o czym poinformował Zamawiającego 18 marca 2020 r., załączając *Zestawienie własne wskazujące punkty, które „realizują” oraz te które „będą realizować ”*)

Odwołujący dokonał ponownej weryfikacji oświadczeń GKH, złożonych wraz z ofertą - okazało się, że we wskazanych przez tego wykonawcę punktach nie było na dzień składania ofert, ale także nie ma na dzień 28 kwietnia 2020 r. możliwości zapłaty bonami GKH, co świadczy o tym, że wykonawca GKH podał nieprawdzie informacje mające wpływ na wynik postępowania i dzięki nim, na chwilę obecną okazał się tym, który złożył najkorzystniejszą ofertę - co jest oczywiście niezgodne z prawdą i wbrew postanowieniom SIWZ oraz przepisom Pzp. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez

przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym powyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania informacji prawdziwej.

Zdaniem Odwołującego, GKH należytej staranności przy sporządzeniu wykazu punktów z pewnością nie dochował lub wręcz nie chciał dochować. Nie ulega wątpliwości, że stopień winy GKH jest na tyle znaczny, że uzasadnia zastosowanie sankcji w postaci wykluczenia z postępowania. Nie ulega wątpliwości, że GKH winne jest poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie nieprzekazania informacji istotnych z punktu widzenia potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

W przedmiotowym stanie faktycznym ziściła się także przesłanka dotycząca możliwego wpływu na wynik postępowania. Należy ją bowiem odnieść i interpretować, w kontekście możliwości uzyskania zamówienia, która, zwłaszcza wobec niepewnego losu oferty GKH, sklasyfikowanej na miejscu pierwszym, istniała.

W świetle powyższego, zachowanie GKH wypełnia przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 25 września 2019 r. sygn. akt KIO 1746/19, wyrok z dnia 12 września 2019 r. sygn. akt KIO 1605/19, wyrok z dnia 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1576/19).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący przywołał kryteria określone w rozdziale IX SIWZ i stwierdził, że nawet gdyby Zamawiający nie wykluczył wykonawcy GKH, co powinien uczynić, to powinien zakwalifikować do oceny w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert tylko punkty spełniające wymagania. Nie uczynił tego, czym naruszył przepis art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem, naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców są najczęstszą przyczyną odwołań. Odwołujący przywołał orzeczenia KIO (wyrok z dnia 11 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2824/10, wyrok z dnia 22 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 218/19, wyrok z dnia 20 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2558/18).

Wykonawca Górnośląskie Konsorcjum Handlowe sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wyjaśnił na rozprawie, że lista punktów handlowych i gastronomicznych przedłożona Zamawiającemu zawiera bardzo szczegółowe dane dotyczące zarówno tych punktów, jak i samych przedsiębiorców, którzy punkty te prowadzą. Oczywiście również jest, że adres siedziby przedsiębiorcy bardzo często jest inny niż miejsce prowadzenie działalności. Wskazał, że oświadczenie składane na

potwierdzenie faktu akceptacji bonów są bardziej miarodajne dla Zamawiającego niż umowa, ponieważ zawsze są aktualne, natomiast umowy po dłuższym okresie wygasają, co może powodować, że wskazywane w wykazie punkty są już nieaktualne. Wskazał, że na pytanie skierowane do Zamawiającego w sprawie interpretacji warunków SIWZ z dnia 27 lutego 2020r. Zamawiający w dniu 4 marca 2020r. wyjaśnił, że nie wymaga potwierdzania faktu akceptacji bonów przez wskazywane punkty na dzień 13 marca 2020r. Przystępujący podniósł, że naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji wymaganie, aby wykonawca utrzymywał sieć punktów akceptujących bony, jeśli na danym terenie takie bony nie są w obrocie. Z tego względu SIWZ nie mogła przewidywać wymogu potwierdzenia akceptacji bonów czy istnienia sieci w terminie składania oferty. Zdaniem Przystępującego, umowa ramowa z Lidlem obejmuje całą sieć tych sklepów, wobec czego nie musiała ona zawierać wskazania konkretnych punktów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 15 maja 2020 r. Wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Zamawiający uznał za prawidłowe i podtrzymał czynności podjęte w postępowaniu. Potwierdził, że w postępowaniu zaistniały wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wskazujące na konieczność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Ze względu na kryterium oceny ofert określone w pkt XVI.3 SIWZ, wykaz punktów handlowych i gastronomicznych był kluczowym dokumentem, ponieważ na jego podstawie dokonywana była ocena ofert. Tym samym, należy uznać, że liczba placówek przedstawiona w wykazie ma najbardziej istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ponieważ jest podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty. .

Wykonawca Sodexo przedłożył wykaz zawierający 52 placówki. Pod pozycją nr 2 znajdowała się placówka oznaczona jako „BISTRO” F.U. BISTRO B. K., na dowód czego Odwołujący załączył kopię łączącej go z tym przedsiębiorcą umowy. W toku weryfikacji wykazu Zamawiający ustalił, że Pani B. K. nie prowadzi działalności gospodarczej od 2013 r., czego potwierdzeniem jest odpis z CEIDG dotyczący p. B. K. .

Zamawiający, pismem z dnia 23 lutego 2020 r. zwrócił się do Sodexo o złożenie wyjaśnień m.in. w kwestii pozycji nr 2 wykazu.

Wykonawca Sodexo, pismem z dnia 27 marca 2020 r. wyjaśnił m.in., że do wykazu załączono „niewłaściwą umowę” i w jej miejsce przedstawił dokument, który miałby potwierdzać, że „punkt istnieje i znajduje się na terenie Kopalni”.

Zamawiający zauważył, że przedłożony przez Sodexo dokument zatytułowany „Karta punktu usługowego” jest dokumentem prywatnym, wystawionym jednostronnie przez Sodexo. Nie widnieje na nim data jego wystawienia, nie wiadomo więc, czy istniał w chwili składania

ofert. Ponadto, żadne z zawartych na nim pól nie jest wypełnione - trudno zweryfikować co miałyby potwierdzać. Taki dokument nie może być uznany za wiarygodny i potwierdzający jakiegokolwiek okoliczności istotne dla sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności (fakt nieprowadzenia działalności gospodarczej przez p. B. K.), a takie złożone wyjaśnienia (próbę zmiany treści oferty), które potwierdzają, że złożony w ramach oferty wykaz zawierał nieprawdziwe informacje, Zamawiający zmuszony był uznać, że Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako że dotyczyły wykazu podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Od Odwołującego, jako profesjonalisty można i należy wymagać stopnia staranności, co potwierdza teza zawarta w orzeczeniu Izby z dnia 23 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 235/18.

Zamawiający uznał, że wobec braku przesłanek wskazujących na intencjonalne działanie Sodexo, przedstawienie wprowadzających w błąd informacji jest następstwem niedochowania należytej staranności, co przybrało formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Wykonawca Sodexo najwyraźniej nie zweryfikował rzetelnie wykazu placówek handlowych i składanych załączników, przez co znalazły się na niej nieprawdziwe informacje. Izba podkreślała w wyroku z dnia 22 stycznia 2020 r. KIO 27/20, że „należyta staranność profesjonalisty nakłada na Wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości”.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Zamawiający uznał, że wobec Sodexo spełnione zostały wszystkie przesłanki określone wart. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący przyznał w odwołaniu, iż wykaz zawiera nieprawdziwe informacje, lecz uznał, że przedstawienie w ramach oferty nieprawdziwych informacji nie jest istotne dla jej treści. Pogląd ten jest jednak w oczywistej sprzeczności zarówno z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jak i orzecznictwem Izby. Wykaz zawierający zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert jest elementem oferty, a nie „załącznikiem” do oferty, do którego mógłby mieć zastosowanie inny reżim prawny. Jak wskazano powyżej, liczba placówek przedstawiona w wykazie ma najbardziej istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ponieważ jest podstawą decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym bardziej, że liczba placówek przedstawionych w ofertach wykonawców była bardzo zbliżona (odpowiednio 55 Przystępujący i 52 Odwołujący), a część pozycji w obu ofertach wzbudziła wątpliwości Zamawiającego stąd każdy punkt handlowy lub gastronomiczny umieszczony w wykazie mógł, przesądzić o wyniku przetargu.

Zamawiający stwierdził, że wykaz może zawierać nieprawdziwe informacje i zwrócił się o wyjaśnienia do Odwołującego. Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie wynika ze informacji złożone w zakresie tej pozycji były prawdziwe. Jest faktem bezspornym że przedsiębiorca F.U. B. K. nie prowadzi działalności, a załączona do wykazu umowa nr 100176000 nie obowiązuje. Odwołującemu umyka przy tym fakt, że nie ma on możliwości zmiany treści wykazu i zastąpienia poszczególnych placówek innymi do celów oceny ofert.

Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27 marca 2020 r. w odniesieniu do spornej kwestii ograniczają się do stwierdzenia, które w żaden sposób nie wyjaśnia powstałych wątpliwości co do prawdziwości danych zawartych w wykazie.

Odwołujący, stawiając zarzut w tym zakresie, nie wskazał, jaką część wyjaśnień Zamawiający pominął dokonując oceny oferty Odwołującego.

Zamawiający wyjaśnił, że umowa z p. H. Ś., widniejąca pod pozycją nr 42 dotyczy wyłącznie Restauracji Salin - ul. Kościuszki 5. Nie ma podstaw do tego aby wywodzić z jej treści jakikolwiek szerszy zakres.

Jak wynika z przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych Zamawiający był zobligowany zastosować wobec Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a więc zarzut nr 1 odwołania nie znajduje potwierdzenia.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez niewykluczenie z postępowania konkurencyjnej oferty złożonej przez Górnośląskie- Konsorcjum Handlowe Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ wbrew twierdzeniom odwołania, w postępowaniu nie zaszły przestanki do zastosowania tego przepisu wobec GKH. Odwołujący wywodzi swoje zarzuty w oparciu o błędną i sprzeczną z treścią SIWZ oraz wyjaśnieniami Zamawiającego interpretację arbitralnie wybranych fragmentów SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że nigdy nie stawiał wymagań, jakie próbuje wywieść Odwołujący. Przeciwnie, we wzorze oferty określonym w załączniku Nr 1 do SIWZ w pkt 4 Zamawiający użył sformułowania „Oświadczamy, że bony będą akceptowane przez ... punktów”, które wskazuje wprost, że fakt akceptacji bonów od chwili ogłoszenia postępowania nie był wymagany w dniu składania ofert, a wyłącznie w przyszłości w okresie realizacji umowy. SIWZ posługuje się także sformułowaniem „winny być akceptowane” (III.3.4, pkt XVI.4 SIWZ) - oraz „akceptujących” pkt XVI.3 – 5 oraz załącznik nr 5.

Zamawiający wskazał, że udzielił wyczerpujących wyjaśnień do treści SIWZ, w jaki sposób rozumieć zapisy SIWZ w związku z treścią załącznika nr 5, w którym Zamawiający zamieścił kolumnę przeznaczoną na wskazanie rodzaju dokumentu potwierdzającego fakt akceptacji bonów. Zamawiający wyraźnie potwierdził akceptację proponowanej przez Przystępującego treści oświadczenia, która jest zgodna z treścią pkt 4 wzoru oferty. Zamawiający w dalszej części odpowiedzi na pytanie wykonawcy wyjaśnił, że wymaga, aby wykonawcy dysponowali dokumentami potwierdzającymi fakt akceptacji bonów, wystawionymi

na dzień składania ofert. Odwołujący pominął tę część wyjaśnień wybiórczo cytując w odwołaniu inne fragmenty wyjaśnień.

Całkowicie nieprawdziwa i ewidentnie stojąca w sprzeczności z treścią SIWZ oraz wyjaśnień jest teza Odwołującego, jakoby: „W odpowiedzi z dnia 4 marca 2020 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, potwierdził, że będzie brał pod uwagę tylko wykaz punktów akceptujących bony na dzień składania ofert”.

Także całkowicie nieprawdziwa i ewidentnie stojąca w sprzeczności z treścią wyjaśnień z 26 lutego 2020 r. jest teza jakoby „Zamawiający dokonał zmiany w SIWZ (zmiana z 26. lutego 2020 r. rozstrzygając już wtedy jednoznacznie, że na dzień składania ofert bony muszą być „już akceptowane w terminie składania ofert, a nie „być akceptowane w przyszłości” na podstawie oświadczenia złożonego nie później niż w terminie składania ofert”. Zmiana SIWZ dotyczyła dodania w załączniku nr 5 do SIWZ kolumny zawierającej wskazanie podstawy do zamieszczenia w wykazie placówki umowy lub właśnie oświadczenia. W żadnym razie Zamawiający nie stwierdzał, że bony miałyby być „już akceptowane”, gdyż stałoby to w jawnej sprzeczności z brzmieniem pkt 4 wzoru oferty.

Biorąc pod uwagę cytowane powyżej wyjaśnienia oraz zapisy SIWZ, Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny przesądził, że fakt akceptacji bonów dotyczy przyszłości, a więc okresu realizacji umowy, a jedynie wobec oświadczeń podmiotów realizujących bony był wymóg, że muszą być one złożone na dzień składania ofert, ponieważ to na nich opiera się ocena ofert.

Nie jest prawdziwy zarzut Odwołującego jakoby „kopia wyciągu z umowy z dnia 3 lipca 2019 r. w ogóle nie wskazuje jakie punkty handlowe Lidl akceptują bony GKH. Zgodnie z 5.1.1 tej umowy, jej przedmiotem jest przyłączenie placówek handlowych Akceptanta (LIDL) do sieci akceptantów Bonów emitowanych przez Emitenta (GKH) bez żadnego ograniczenia. Tym samym jednoznacznie umowa określa, że wszystkie placówki Akceptanta (LIDL) honorować będą bony GKH.

Odwołujący wywodził także, że oferta GKH nie jest prawidłowa, ponieważ adres punktów handlowych i gastronomicznych nie zawsze jest tożsamy z głównym adresem siedziby podmiotu prowadzącego dany punkt. Zarzut ten nie ma jednak oparcia ani w przepisach prawa, ani w treści SIWZ. Zawarty w wykazie adres siedziby przedsiębiorcy nie musi być tożsamy z adresem punktu, w którym prowadzona jest działalność handlowa lub gastronomiczna przedsiębiorcy, dlatego zarzut należy uznać za całkowicie chybiony.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, nie można zgodzić się z tezą, jakoby GKH przedstawiło nieprawdziwe informacje, ponieważ informacje te były zgodne ze stanem rzeczywistym, treścią SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego. Brak było także podstaw do tego, aby z tych przyczyn nie brać pod uwagę placówek przedstawionych w wykazie załączonym do oferty.

Jak wynika zatem z przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych, zdaniem Zamawiającego, nie zaistniały przesłanki do zastosowania wobec Przystępującego art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, a więc zarzut nr 2 odwołania nie znajduje potwierdzenia.

W ocenie Zamawiającego, czynności podjęte w postępowaniu były prawidłowe i z tej przyczyny zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ nie znajduje potwierdzenia. Jednym kryterium oceny ofert była liczba punktów handlowych i gastronomicznych zawartych w wykazie, które - zgodnie z dosłownym brzmieniem oferty będą akceptować bony i w oparciu o to kryterium dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykaz przedstawiony przez GKH został zweryfikowany, wobec braku przesłanek pozwalających stwierdzić, że któryś punkt nie prowadzi działalności gospodarczej lub nie będzie akceptował bonów, przyjął do oceny oferty liczbę 55 punktów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp, Zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia tego przepisu jest całkowicie bezpodstawny i nieuzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Górnośląskie Konsorcjum Handlowe sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. W konsekwencji ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (ust. 4).

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący przedstawił w ofercie wymagany wykaz (załącznik nr 5 do SIWZ) punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych, zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz punktów gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, który podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert określonego w SIWZ z wagą 100%.

W odniesieniu do poz. 2 tego wykazu (punkt handlowy F.U. BISTRO B. K.) Zamawiający stwierdził, że od dnia 2 stycznia 2013 r. nie jest prowadzona taka działalność gospodarcza pod wskazanym adresem. Pismem z dnia 23 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

W dniu 30 marca 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, stwierdzając, że punkt handlowy F.U. BISTRO istnieje, nie został zamknięty, czego potwierdzeniem był wystawiony przez Odwołującego dokument – tzw. karta punktu handlowego „BISTRO” oraz że jest on prowadzony przez innego przedsiębiorcę, który został wskazany w pozycji 42 ww. wykazu, natomiast przedsiębiorca B. K. została wskazana w tym miejscu omyłkowo, jak i przez omyłkę załączono do wykazu umowę zawartą pomiędzy Odwołującym a ww. B. K. .

Odwołujący nie wykazał jednak w ramach ww. wyjaśnień, ani też na rozprawie, że punkt wskazany w poz. 2 ww. wykazu istnieje. Nie potwierdziło się też twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający od początku dysponował kompletem informacji pozwalających na jednoznaczne potwierdzenie, że wskazany punkt BISTRO został potwierdzony umową złożoną do pozycji 42 wykazu. Jak przyznał sam Odwołujący na rozprawie, umowa załączona do pozycji 42 wykazu nie zawiera jakiegokolwiek informacji, która wskazywałaby, że umowa ta dotyczy BISTRO Park Kingi 5 z pozycji 2 wykazu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego w zakresie rzeczonoego wykazu punktów handlowych i gastronomicznych nie jest w pełni aktualna, zawiera bowiem informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym, a zatem została przygotowana przez Odwołującego co najmniej w sposób niedbały.

Należy też zauważyć, że zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. drugie, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. W świetle brzmienia tego przepisu, zmiana w wyniku wyjaśnień wykonawcy treści wykazu stanowiącego treść oferty oraz podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, oznaczałaby niedozwoloną zmianę oferty po terminie składania ofert. Podkreślić należy, że jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest ilość punktów handlowych zajmujących się sprzedażą artykułów spożywczych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki oraz punktów gastronomicznych zlokalizowanych w

granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, akceptujących dostarczane przez wykonawcę bony z wagą 100%.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, nie wystąpiła omyłka, podlegająca poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, na którą wskazywał Odwołujący. Zamawiający nie mógł stwierdzić w oparciu o treść oferty i złożone dokumenty, że w pozycji 2 wykazu wystąpiła omyłka, gdyż żaden dokument nie wskazywał na to, jakie prawidłowe informacje powinny być zawarte w tej pozycji, w szczególności, że tę pozycję należy powiązać z umową załączoną do wykazu – w odniesieniu do poz. 42. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w powyższym zakresie nie usuwają wątpliwości co do prawdziwości informacji zawartych w poz. 2, gdyż jak potwierdził sam Odwołujący na rozprawie, przedstawiona wraz z wykazem umowa zawarta z przedsiębiorcą wskazanym w poz. 42 nie zawiera jakiegokolwiek wzmianki o tym, że ten sam przedsiębiorca prowadzi oprócz Restauracji i hotelu Salim także BISTRO wskazane w pozycji 2 wykazu.

Należało zatem stwierdzić, że przedłożony przez Odwołującego wykaz punktów jest nieaktualny w zakresie pozycji 2, wobec czego zasadne jest twierdzenie, że oferta nie została przygotowana z należytą starannością wymaganą od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, powyższą niestaranność należy zakwalifikować co najmniej jako lekkomyślność lub niedbalstwo, a to wraz z zakwalifikowaniem podanych informacji jako takich, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił bowiem Zamawiającemu informacje w poz. 2 wykazu (załącznik nr 5 do SIWZ) wprowadzające w błąd Zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż stanowiły one treść oferty podlegającą ocenie w ramach kryterium oceny ofert, a zatem mogły mieć decydujące znaczenie dla wyniku postępowania.

Podkreślić należy, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest możliwe w przypadku łącznego wystąpienia wskazanych w nim przesłanek, tj. jeżeli wykonawcy można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w działaniu, przy czym przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć, natomiast w przypadku niedbalstwa dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. Przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zachodzi też w sytuacji, w której zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, jednak skutek w postaci wprowadzenia w błąd nie musi wystąpić. Samo podanie informacji

niezgodnych z rzeczywistością, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie co do stanu rzeczy jest wystarczające, aby uznać, że ziszcila się przesłanka wykluczenia wykonawcy. Powyższe stanowisko jest zgodne z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 849/18.

Potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu potwierdza, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie aktualności punktu z pozycji nr 2 wykazu, a tym samym uprawnione jest twierdzenie, że oferta została przygotowana przez Odwołującego w taki sposób, który skutkuje obowiązkiem zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Nie można też uznać, że umowa z p. B. K. jest jedynie ponadwymiarowa i niepotrzebna, gdyż żadna inna umowa w odniesieniu do tej pozycji nie została przez Odwołującego złożona. Karta punktu handlowego wystawiona przez wykonawcę jest jedynie dokumentem wewnętrznym Odwołującego, który nie może zastąpić umowy z przedsiębiorcą lub oświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Ponadto, jak wskazano powyżej, treść oferty nie może być uzupełniana o nowe informacje po terminie składania ofert.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., XIX Ga 179/13, że: „wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości.” W niniejszym postępowaniu takie obiektywne przesłanki nieprawdziwości złożonych przez Odwołującego informacji zostały przez Zamawiającego wykazane.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Górnośląskie Konsorcjum Handlowe sp. z o.o., 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.

Za niezasadny w danym stanie faktycznym Izba uznała także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ z tego powodu, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty GKH niewłaściwie stosując ustalone kryterium oceny ofert, a oferta Odwołującego nie została wybrana, jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący podnosił, że ze względu na nieprawidłowości w wykazie złożonym przez GKH, wykonawca ten powinien być wykluczony za podanie nieprawdziwych informacji na

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a do oceny jego oferty powinny być przyjęte przez Zamawiającego tylko 18 punktów, podczas gdy Zamawiający przyjął do oceny tej oferty 55 punktów akceptujących bony.

W okolicznościach tej sprawy nie znajduje potwierdzenia zarzut, że wykonawca GKH przedłożył w załączeniu do wykazu oświadczenia podmiotów, z których nie wynika, którego punktu w wykazie dotyczy dane oświadczenie, ponieważ tylko w 23 przypadkach adres przedsiębiorcy jest tożsamy z adresem punktu. Zauważyć należy, że treść dokumentacji przedmiotowego postępowania nie potwierdza wymogu, aby oświadczenia o akceptacji bonów wykonawcy miały zawierać takie same dane jak wykaz punktów, gdzie szczegółowo opisane były adresy i nazwy punktów, adresy przedsiębiorców prowadzących te punkty. Nigdzie w SIWZ nie było też wymogu, aby adres siedziby firmy był tożsamy z adresem punktu handlowego. Ze złożonych przez wykonawcę GKH oświadczeń wynika, że bony są akceptowane w punktach, które należy identyfikować według wykazu złożonego w ofercie.

Ponadto, przedłożone przez wykonawcę GKH oświadczenia, że dany przedsiębiorca akceptuje bony lub będzie akceptował bony tego wykonawcy mają takie samo znaczenie z punktu widzenia kryterium oceny ofert. Okoliczność, że na dzień składania ofert wszystkie punkty wskazane w wykazie akceptują, bądź będą akceptować bony realizowane w ramach umowy na „Dostawę oraz realizację bonów towarowych żywnościowych o nominale 18,00 zł” dla Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. nie jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ w zakresie oceny ofert. Dokumentacja postępowania nie zawiera postanowień, które nakazywały, aby złożone wykazy punktów miały potwierdzać posiadanie przez wykonawcę sieci punktów, które akceptują bony wykonawcy już w terminie składania ofert. Wymogu powyższego nie potwierdził też Zamawiający w ostatnich wyjaśnieniach do treści SIWZ udzielonych na pytania wykonawcy, tj. w wyjaśnieniach z dnia 4 marca 2020 r., w których Zamawiający jednoznacznie wskazał, co następuje:

„Zamawiający uzna, że oświadczenie złożone przez osobę lub osoby umocowane do reprezentowania podmiotu trzeciego, w brzmieniu wskazanym przez Wykonawcę, potwierdzają akceptowanie przez ten podmiot trzeci bonów żywnościowych oferowanych przez Wykonawcę, przy czym oświadczenie to musi zostać złożone z datą nie późniejszą niż dzień składania ofert- Zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ w pkt XVI.4, że „Celem dokonania oceny ofert Wykonawca jest zobowiązany złożyć wykaz punktów handlowych (...) gastronomicznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Wieliczki, akceptujących bony żywnościowe oferowane przez Wykonawcę Przy ocenie oferty w ramach ww. kryterium uwzględnione będą tylko te punkty w stosunku do których Wykonawca przedstawi dokumenty (oryginały lub kopie poświadczony za zgodność z oryginałem umowy lub oświadczenia złożone przez właściciela lub osobę upoważnioną) potwierdzające fakt akceptacji bonów na dzień składania ofert przez dany punkt handlowy lub gastronomiczny”

Tym samym z SIWZ wynika, że dokumenty muszą być wystawione z datą przed dniem składania ofert, natomiast z natury rzeczy dotyczą one stanu przyszłego, który dopiero ma nastąpić w okresie realizacji umowy i za ten stan rzeczy Wykonawca przyjmuje odpowiedzialność w umowie. [...] Zamawiający wyjaśnia ponadto, że kryterium oceny ofert nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, którego dokumentowanie odbywa się po otwarciu ofert a dokumenty potwierdzające jego spełnienie Wykonawca składa już po terminie otwarcia ofert. Kryterium oceny ofert, musi być spełnione przez Wykonawcę w dniu złożenia oferty, żeby Zamawiający mógł dokonać oceny ofert, a w dalszej kolejności zbadać Wykonawcę pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczeniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określając kryteria oceny ofert nie wymaga akceptacji bonów w okresie sprzed zawarcia umowy, a jedynie żąda przedstawienia wykazu punktów handlowych i gastronomicznych akceptujących dostarczane przez Wykonawcę bony wraz z załączeniem (wraz z ofertą) wystawionych najpóźniej w dniu składania ofert dokumentów potwierdzających ten fakt, które pozwolą Zamawiającemu stwierdzić, czy Wykonawca na dzień składania ofert zapewnia akceptację bonów przez wskazane przez siebie punkty handlowe i gastronomiczne. Data sporządzenia tych dokumentów nie może być więc późniejsza niż dzień składania ofert w postępowaniu.”

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego są jednoznaczne, dlatego w oparciu o te wyjaśnienia należy stwierdzić, że Odwołujący na poparcie swojej błędnej tezy, iż oświadczenia przedsiębiorców nie mogły potwierdzać akceptacji bonów „na przyszłość” lecz najpóźniej w terminie składania ofert zostały poparte jedynie wybiórczo dobranymi fragmentami udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, wyłącznie na potrzeby prezentowanej w odwołaniu tezy.

Izba podzieliła pogląd Przystępującego, zgodny z wyjaśnieniem Zamawiającego przedstawionym powyżej, że żądanie przez Zamawiającego w sposób bezwzględny konieczności realizacji bonów żywieniowych wykonawcy przez podmioty trzecie na dzień składania ofert zaburzałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stawiając w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę, który aktualnie wykonuje umowę i w związku z tym emitowane przez niego bony żywieniowe znajdują się w obrocie na danym rynku lokalnym. Trudno też oczekiwać, aby bony wykonawcy, których na danym rynku nie ma były realizowane w punktach handlowych.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut, iż kopia wyciągu z umowy z dnia 3 lipca 2019 r. przedstawionego Zamawiającemu przez wykonawcę GKH nie wskazuje, jakie punkty handlowe Lidl akceptują bony tego wykonawcy. Wskazać należy, że Odwołujący oparł ten zarzut na założeniu, że umowa ramowa powinna zawierać wykaz punktów akceptujących bony. Skoro jednak umowa ta dotyczy „sieci sklepów LIDL”, to nie ma potrzeby aby do tej umowy była dołączona lista konkretnych punktów.

Podkreślić należy, że Zamawiający wprost zaakceptował w odpowiedzi z dnia 4 marca 2020 r. na pytanie wykonawcy – następującą treść oświadczenia podmiotu trzeciego w sprawie akceptacji bonów: „*Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy podczas wykonywania przez niego Umowy na „Dostawę oraz realizacja bonów towarowych żywieniowych o nominalne 18,00 zł” dla Kopalni Wieliczka.*” Zamawiający tym samym rozstrzygnął jednoznacznie, że bony muszą być akceptowane w przypadku podpisania umowy na podstawie oświadczenia złożonego nie później niż w terminie składania ofert. Tym samym złożone przez wykonawcę GKH wraz z wykazem punktów oświadczenia potwierdzają na termin składania ofert, że wskazane punkty akceptują lub będą akceptować bony wykupione przez Zamawiającego w wyniku przedmiotowego zamówienia, co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego, a także zgodne z treścią pkt 4 formularza oferty zawierającego oświadczenie wykonawcy.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że wszelkie wątpliwości wynikające z niespójności sformułowań użytych w treści SIWZ ostatecznie należy, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, interpretować na korzyść wykonawców.

Reasumując, w ocenie Izby, w danym stanie faktycznym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w odniesieniu do wykonawcy GKH, gdyż nie przekazał on Zamawiającemu informacji nieprawdziwych ani nie zataił informacji, co mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd przy podejmowaniu decyzji w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że treść przedstawionych przez GKH oświadczeń jest niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, tj. że oświadczenia są nieprawdziwe.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Użyte w treści kryterium określonym w pkt XVI.4 SIWZ sformułowanie „punkty akceptujące bony” nie może być rozumiane w ten sposób, że ocenie podlegają tylko te punkty, w których na dzień składania ofert realizowane są płatności bonami wykonawcy. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść SIWZ i wyjaśnienia Zamawiającego udzielone na pytania wykonawców, należało uznać, że powyższe kryterium dotyczy punktów handlowych i gastronomicznych, które będą realizować bony wyemitowane w wyniku zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Nie doszło zatem do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp i nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: