

Warszawa, dnia 14 października 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający :
**Samodzielny Zespół Publicznych
Zakładów Lecznictwa
Otwartego Warszawa Praga-Północ**
ul. Jagiellońska 34
03-719 Warszawa
e-mail: emilia.gasior@szpzlo.pl
dzp@szpzlo.pl

Odwołująca:
**RATOWNIK-AMBULANSE
sp. z o.o. sp. k.**
ul. Farbiarska 47
02-862 Warszawa
tel. (22) 628-38-23
fax(22) 621-72-66

Od odwołania uiszczono wymagany wpis w kwocie 7 500 złotych na numer rachunku Urzędu Zamówień Publicznych NBP 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 (dowód wpłaty w zał.).

ODWOŁANIE

od czynności z dnia 9 października 2020 r.

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, ust. 2 pkt 6, art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) dalej „u.p.z.p.” RATOWNIK-AMBULANSE sp. z o.o. sp. k. dalej „Odwołująca” wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 9 października 2020 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Ambulans Polska-Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu. Czynności te podjęte zostały w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę ambulansu sanitarnego Typ 2”. Procedura ta prowadzona jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie wszczynające

Kancelaria Jablonski & R.

ul. Elektoralna 28 lok. 10, 00-892 Warszawa

www.kjpp.pl tel. +48 888-965-518, pi@kjpp.pl

NIP 951-181-23-99, REG 92 1140 2004 0000 3302 7469 2084 mBank S.A.

przedmiotowe postępowanie zostało opublikowane w BZP z dnia 2020-09-15 r. pod nr 585426-N-2020. Zamawiający w tym samym dniu zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej www.szpzo.pl.

W opinii Odwołującej Zamawiający poprzez swą czynność naruszył:

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. j. bezprawne zaniechanie odrzucenie oferty Ambulans Polska-Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o. mimo, iż treść oferty nie jest zgodna z treścią siwz (opisane szczegółowo w treści odwołania),
2. art. 24 ust 12, art. 26 ust. 4, art. 26 ust 3 u.p.z.p. poprzez uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunki udziału w postępowaniu, zaniechanie wezwania do wyjaśnień w przedmiocie dokumentów złożonych celem potwierdzenia spełnienia udziału w postępowaniu wskazujących swą treścią na możliwość niezetelnego wykonania zamówienia, a także wezwania do uzupełnienia dokumentów.
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 u.p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o. mimo, iż wprowadził on Zamawiającego w błąd, co do właściwości oferowanego przez siebie produktu.

Odwołująca wnosi o:

- unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Ambulans Polska-Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o.;
- wykluczenie wykonawcy Ambulans Polska-Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o.
- odrzucenie oferty Ambulans Polska-Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o.;
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołująca jest jednym z najbardziej doświadczonych krajowych dostawców ambulansów. W wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołująca została pozbawiona możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jej interes prawny. Działanie organizatora przetargu może doprowadzić do powstania szkody w postaci utraconych korzyści, w związku z czym nie ulega wątpliwości, że jest ona legitymowana do wnoszenia środków ochrony prawnej.

UZASADNIENIE

1. Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na str. 1 oferty nie podała wymaganej informacji o Producentcie, wadliwie wskazano kraj pochodzenia - nie jest nim Polska. Wprowadzono Zamawiającego w błąd. Nie podano prawdziwej

- informacji, oferta wykonawcy Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne winna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucona jako nie odpowiadająca treści siwz.
2. Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na str. 2 w pkt. III oferty podała inne wartości cyfrowo, a inne słownie, Zamawiający nie skorzystał z możliwości wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 u.p.z.p.
 3. Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na str. 2 oferty podała nieprawdziwą informację, gdyż producent Mercedes Benz A.G Stuttgart, oferuje fabryczną gwarancję na lakier na 24 m-ce, a nie jak podano na 36 m-cy. Wprowadzono Zamawiającego w błąd.
 4. Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na str. 5 oferty wskazała nieprawdziwą informację, że jest producentem ambulansu, co też poświadczyla na stronie pierwszej oferty, tymczasem homologacja skompletowana na ambulans podana na str. 33 oferty nr e13*2007/46*2210*00 i Certyfikat Zgodności z normą PN EN 1789+A2:2015 wskazuje innego producenta. Wprowadzono Zamawiającego w błąd.
 5. W Załączniku nr 2 Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na str. 6 oferty w prawej kolumnie, mimo iż celem weryfikacji przez Zamawiającego należało podać „Informację (opis) potwierdzenia parametrów” w pkt IX ppkt 14 ; 15; 16 nie podała żadnej nazwy oferowanego krzeselka, deski ortopedycznej i płachty, co oznacza, że nie zaoferowała wymaganego sprzętu medycznego i Zamawiający nie może go w żaden sposób zweryfikować. Oferta wykonawcy Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne winna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucona jako nie odpowiadająca treści siwz.
 6. Zaoferowane nosze Promeba PC-617/2W wg. danych producenta mają możliwość regulacji kąta nachylenia oparcia pod plecami do kąta jedynie do 75 stopni, co z resztą potwierdził wykonawca Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na stronie 35 załączając folder ambulansu i noszy. Dodatkowo w załączniku nr 2 pkt XI ppkt 3 (Strona 10 oferty) podano nieprawdziwą informację poświadczając możliwość regulacji powyżej 75 stopni. W ppkt 1 Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne nie potwierdziła, że nosze są fabrycznie nowe. Oświadczenia wykonawcy wprowadzały Zamawiającego w błąd, , oferta wykonawcy Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne winna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucona jako nie odpowiadająca treści siwz.
 7. Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne na str. 12 oferty załączyła wykaz dostaw, gdzie pierwszą dostawę miano wykonać do 30.12.2019r., a w załączonym do oferty dowodzie wpłaty jest data 21.02.2020r., co oznacza, że dostawa była najpewniej wykonana nieterminowo i jako taka nie powinna być przez Zamawiającego brana pod uwagę przy ocenie oferty, a Zamawiający winien tą kwestię wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 u.p.z.p.
 8. Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne do oferty nie załączyła referencji do wykonanych dostaw, poprzez co nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dołączone do oferty potwierdzenia przelewów, nie stanowią należytego potwierdzenia należytego wykonania prac. Zamawiający nie

- zweryfikował, czy w zakresie wskazanych prac doszło do wadliwego ich wykonania, chociażby naliczenia kar umownych, które stanowią o nienależytym ich wykonaniu. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia załączonych dokumentów, wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 u.p.z.p.
9. W uzupełnieniach z dn. 08.10.20 Spółka Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne wskazała, że przesyłają Certyfikat CE – nosze płachtowe. Tymczasem załączony dokument to nie jest deklaracja zgodności CE lub certyfikat CE, a jedynie RAPORT Z PRZEGLĄDU DOKUMENTACJI TECHNICZNEJ. Wnioskodawca firma Jiangsu Rixin Medical Equipment Co. Ltd. ma w swojej ofercie dwa modele noszy płachtowych: CST-01 o obciążeniu maksymalnym 100 kg oraz model CST-05 o obciążeniu maksymalnym 159 kg. Tymczasem w załączniku nr 2 był wymóg w pkt IX ppkt 16 „ obciążenie maksymalne min. 360 kg” zatem wykonawca przekazał błędne dokumenty lub wprowadził Zamawiającego w błąd co do cech zaoferowanych noszy płachtowych z uwagi na to winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.
 10. W swoich uzupełnieniach z dn. 08.10.20 nie załączyli wymaganej deklaracji zgodności CE lub certyfikatu CE dla zaoferowanych noszy Promeba mod. PC-617/2W. Załączony certyfikat CE dotyczy noszy nozsy, które nie zostały zaoferowane, tj. Promeba mod. PC-610/7. W związku z niewykazaniem, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, oferta wykonawcy Ambulans Polska Zabudowy Specjalistyczne winna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucona jako nie odpowiadająca treści siwz.

Zapewnienia wykonawcy Ambulans Polska-Zabudowy Specjalistyczne sp. z o.o. o spełnianiu wymagań, wprowadzają Zamawiającego w błąd, a sama oferta jest sprzeczna z treścią siwz i jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p.

Wskazujemy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 u.p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawi informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Celowe jest w tym miejscu odwołanie się do linii orzeczniczej wypracowanej na tle poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p., według którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. wynikało, 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.

Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. (podobnie jak aktualnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 17) nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu u.p.z.p. adekwatny jest (na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10) pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w Kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w Kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w Kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w Kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p. obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje także nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje co najwyżej mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik. Podobnie hipoteza aktualnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 17 u.p.z.p. wskazuje na informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, czyli na podejmowane przez niego w tym postępowaniu czynności.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Wskazywano, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści 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.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie

przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. prowadziło do wniosku, że hipoteza przywołanego przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p., wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. potwierdzało orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. 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 błędu 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 wprowadzenie w błąd.

O ile nie budziło wątpliwości w orzecznictwie Izby, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p., interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazywano, że przepis dyrektywy nie zawęża postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Stąd nie ma podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Wskazywano również, że należy wziąć pod uwagę stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej). Ta ostatnia w prowadzonym przez siebie na podstawie rozporządzenia

Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1; ze zm.) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b) tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego (por. pkt 75 i 119 wyroku).

Zwracano uwagę, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydawało się więc uzasadnione, aby winę, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, interpretować w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. konieczne było stwierdzenie, że: po pierwsze - wykonawca ten złożył 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 lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

Wskazywano, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od podmiotu trzeciego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa,

Kancelaria Sablonski & R.

ul. Elektoralna 28 lok.10, 00-892 Warszawa

www.kipp.pl tel. +48 888-965-518, pi@kipp.pl

NIP: 951-181-23-99, KRS 92 1140 2004 0000 3302 7469 2084 mBank S.A.

czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 u.p.z.p. do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. 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.

Powyższe stanowisko było prezentowane m.in. w uzasadnieniach wyroków wydanych: 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15), 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2809/15), 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 1/16), 17 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 673/15) czy 24 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 1010/16).

Powyższe stanowisko okazało się słuszne w świetle udzielonej przez Trybunał w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 odpowiedzi na pytanie, czy art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Według Trybunału artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na

decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

Wskazujemy, iż oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają postanowienia siwz. Odmienność ta powinna się przede wszystkim przejawiać w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Stanowisko to znajduje akceptację w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. Sygn. akt: KIO/UZP 218/08, gdzie wyrażono pogląd, iż „(...) oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”. Nie bez znaczenia dla rozpatrywanego problemu jest także treść orzeczenia KIO z dnia 6 marca 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 151/08 w którym stwierdzono „Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesadza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. (...)”. Jak słusznie uznał w dniu 28 listopada 2005 r. SO w Warszawie, sygn. akt V Ca 398/05 „postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych”. Tezę powyższą potwierdził i rozszerzył także SO w Gorzowie Wielkopolskim w dniu 28 września 2005 r. sygn. akt II Ca 29/05 twierdząc „ formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji”. Wspomnieć także należy, o wyroku ZA z 28 stycznia 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-121/05 „ Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami – w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1429/08) wskazała, iż: „Oferta posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/09) wskazała także, iż: „Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w



Kancelaria Jablonski & P.

siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji".

Mając powyższe na uwadze Odwołująca wnosi jak w petitum.

Piotr Jabłoński
radca prawny

Załączniki:

1. Odpis KRS Odwołującej.
2. Kopia dowodu uiszczenia wpisu.
3. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

Kancelaria Jablonski & P.

ul. Elektoralna 28 lok. 10, 00-892 Warszawa

www.kjpp.pl tel. +48 888-965-518, pi@kjpp.pl

NIP: 951-181-23-99, KRS 92 1140 2004 0000 3302 7469 2084 mBank S.A.