

WYROK
z dnia 22 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mirosława Sowula Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „BIZMIR”, 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia **8 września 2008 r.**

orzeka:

1 oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Mirosława Sowula Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „BIZMIR”, 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mirosława Sowula Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „BIZMIR”, 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Mirosława Sowula Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „BIZMIR”, 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9** na rzecz **Kompania Węglowa**

S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mirosława Sowula Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „BIZMIR”, 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9;**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na posiłki profilaktyczne i artykuły spożywcze do ich samodzielnego sporządzania oraz zapewnienie realizacji tych bonów w ogólnie dostępnej sieci placówek gastronomicznych i handlowych dla pracowników KW S.A. CW Zachód Oddział KWK „Szczygłowice” w okresie 12 miesięcy* (numer referencyjny 330701483/01), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 2 września 2008 r. nr 169, pozycja 226974. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczona została na stronie internetowej w dniu 2 września 2008 r.

W dniu 8 września 2008 r. protest do Zamawiającego wniósł Mirosław Sowula prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „BIZMIR”. Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 232 kodeksu pracy, a także § 2 ust. 2 i § 8 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Zgodnie z art. 232 kodeksu pracy na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych, nieodpłatnie odpowiednich posiłków i napoi. Obowiązek ten jest realizowany poprzez wydawanie posiłków w formie jednego dania gorącego o odpowiedniej kaloryczności. Tylko w wypadku gdy pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, możliwe jest zapewnienie w czasie pracy pracownikom korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych lub przyrządzanie posiłków przez pracowników (§ 1 Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie profilaktycznych posiłków(...)). W związku z powyższym na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wniósł o unieważnienie przetargu.

Zdaniem Odwołującego się Zamawiający ma możliwość wydawania posiłków pracownikom w stołówce znajdującej się na terenie zakładu pracy, zatem ogłoszenie

przetargu na dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) ma na celu obejście przepisów ustawy i zgodnie z art. 58 kodeksu cywilnego jest nieważne, tak jak nieważna będzie umowa zawarta w jego wyniku. Zamawiający oddalił przedmiotowy protest przekazując Wykonawcy informację w dniu 21 września 2008 r. i zamieszczając ją na stronie internetowej w dniu 22 września 2008 r. W uzasadnieniu zwrócił uwagę na specyfikę pracy w górnictwie w tym w realiach KW S.A. Oddział KWK Szczygłowice, które upoważniają go do skorzystania z możliwości korzystania przez pracowników z posiłków w punktach gastronomicznych, jak również przygotowywania ich we własnym zakresie. Zapisy siwz nie kolidują z przepisem art. 232 kodeksu pracy ani też § 2 ust. 2 i § 8 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 26 września 2008 r., poza powołaniem sankcji karnych wynikających z naruszenia przepisów lub zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, Odwołujący się wskazał dalszy zarzut dotyczący opisu warunku udziału w postępowaniu i naruszenia art. 7 ustawy Pzp., przez wprowadzenie nieuzasadnionych warunków wymaganych od wykonawców. Odwołujący się nie spełnia kryterium określonego w pkt X 1.a siwz, tj. wykonanie dostawy bonów żywieniowych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 3 800 000 zł. Kryterium to narusza zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ możliwe jest wykonywanie usługi objętej przedmiotem zamówienia w sposób właściwy nie mając takiego przychodu.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z zastrzeżeniem ust. 1b. W związku z powołanym artykułem, środki ochrony prawnej wnosi się wobec czynności lub zaniechania przez zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzuty przedmiotowego odwołania nie dotyczą naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i odnoszą się do samego celu postępowania, tj. udzielenia zamówienia w przedmiocie dostawy kuponów profilaktycznych, jako naruszającego obowiązki pracodawcy określone w kodeksie pracy oraz wydanego na jego podstawie aktu wykonawczego. Co prawda w odwołaniu rozszerzono zarzuty przez wskazanie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych na skutek wprowadzenie nieuzasadnionych warunków wymaganych od wykonawców, to jednak zrzut ten jako nie poprzedzony protestem nie podlega rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, na

podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca w proteście wywodził skutki prawne nieważności umowy sprzecznej z ustawą wyłącznie na podstawie naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa pracy. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem, do którego kompetencji należy kontrola przestrzegania praw pracowniczych, jest natomiast organem powołanym do rozstrzygania w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Skoro zarzuty odwołania, poprzedzone protestem nie wskazują czynności, czy też zaniechania przez Zamawiającego, prowadzących do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, odwołanie należało oddalić. Samo powołanie się przez Odwołującego na art. 14 ustawy pzp., który odsyła do przepisów kodeksu cywilnego, nie stanowi o czynnościach dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślana przez Odwołującego się okoliczność nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów prawa pracy, nie wypełnia przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy pzp. Ponadto w toku rozprawy, jak również w dokumentacji postępowania nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 58 kodeksu cywilnego. Izba zauważyła, że ze złożonej na rozprawie opinii Departamentu Prawnego Głównego Inspektoratu Pracy wynika, iż „fakt że zakład pracy dysponuje na swoim terenie stołówką nie wyklucza możliwości samodzielnego przyrządzania posiłków przez pracowników z otrzymanych produktów”. Odwołujący się nie przedstawił dowodów na okoliczność, że działania Zamawiającego mają na celu obejście przepisów prawa, a obecnie realizowana przez Odwołującego umowa również przewiduje świadczenie inne niż wydawanie gorących posiłków, na co wskazuje sam Odwołujący w treści odwołania (strona 6).

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości wynikającej z przedłożonego rachunku), Izba obciążyła Odwołującego się.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*