

Sygn. akt: KIO 2655/13

Sygn. akt: KIO 2658/13

WYROK
z dnia 2 grudnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2013 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 listopada 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LEMARO E. i M. O..... Sp. j. (lider) A. C..... i K. O..... „DARK” Firma Handlowo Usługowa Sp. j., R..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... z siedzibą dla lidera: 44-273 Rybnik, ul. Mruli 13 (sprawa o sygn. akt KIO 2655/13),**

B. w dniu 15 listopada 2013 roku przez wykonawcę: **Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o.o., 02-304 Warszawa, Al. Jerozolimskie 133 lok. 113 (sprawa o sygn. akt KIO 2658/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o., 02-699 Warszawa, ul. Kłobucka 25**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2655/13 po stronie zamawiającego oraz
- B. wykonawcy: **Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o., 02-699 Warszawa, ul. Kłobucka 25**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2658/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LEMARO E. i M. O..... Sp. j. (lider) A. C..... i K. O..... „DARK” Firma Handlowo Usługowa Sp.j., R..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... z siedzibą dla lidera: 44-273 Rybnik, ul. Mruli 13** (sprawa o sygn. akt KIO 2655/13) oraz przez wykonawcę: **Wasza Żywniowa Polska Sp. z o.o., 02-304 Warszawa, Al. Jerozolimskie 133 lok. 113** (sprawa o sygn. akt KIO 2658/13) tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Kompanii Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** kwotę **33 600,00 zł** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym:
 - A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LEMARO E. i M. O..... Sp. j. (lider) A. C..... i K. O..... „DARK” Firma Handlowo**

Usługowa Sp.j., R..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... z siedzibą dla lidera: 44-273 Rybnik, ul. Mruli 13 (sprawa o sygn. akt KIO 2655/13) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy: **Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o.o., 02-304 Warszawa, Al. Jerozolimskie 133 lok. 113** (sprawa o sygn. akt KIO 2658/13) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę bonów żywnościowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Brzeszcze” w okresie 24 miesięcy”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Kompanię Węglową S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LEMARO E. i M. O..... Sp. j. A. C..... i K. O..... „DARK” Firma Handlowo Usługowa Sp. j., R..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art.91 ust. 1 ustawy z dnia (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”].

Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie czynności unieważnienia postępowania,
2. nakazanie ponownej oceny ofert,
3. nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący podał, że został poinformowany przez zamawiającego o unieważnieniu postępowania, ponieważ dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu udokumentowało, iż dysponuje lub będzie dysponować taką samą ilością placówek handlowych / gastronomicznych na terenie wskazanym w SIWZ, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty najkorzystniejszej. Podał także, że do oceny tych ofert zamawiający przyjął po 62 placówki, natomiast do oceny oferty odwołującego 61. W ocenie odwołującego jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, ponieważ ilość placówek handlowych i gastronomicznych na terenie objętym postępowaniem w jego ofercie, liczona zgodnie z postanowieniami SIWZ, powinna wynosić 66. W konsekwencji odwołujący podniósł, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania była bezpodstawna.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie informującym o wynikach postępowania nie podał szczegółowych powodów odrzucenia 5 placówek handlowych oraz 2 placówek gastronomicznych, wskazując jedynie numery z oferty odwołującego placówek odrzuconych, co utrudniło odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Z tego powodu odwołujący zwrócił się do zamawiającego o szczegółowe przedstawienie powodów tej decyzji. Na podstawie informacji dodatkowych

uzyskanych od zamawiającemu odwołujący doszedł do wniosku, że zamawiający niesłusznie odrzucił 5 wskazanych przez odwołującego placówek handlowych, tj.:

1. poz. 6 Sklep Wielobranżowy Triass,
2. poz. 11 PPHU Maja W..... W.....,
3. poz. 20 FPHU Kana M..... W.....,
4. poz. 35 Cukiernia Fantazja,
5. poz. 38 Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K.....

Odwołujący podał, że wskazanym przez zamawiającego powodem odrzucenia powyższych placówek było to, że placówki te nie spełniają definicji placówki handlowej, ponieważ z oferowanego przez te placówki asortymentu nie można przygotować posiłku profilaktycznego.

Odwołujący podniósł, że w żadnym punkcie SIWZ zamawiający nie ujął definicji placówki handlowej, która zawiera wymóg oferowania asortymentu artykułów spożywczych, z których można przygotować w całości posiłek profilaktyczny. Wskazał, że zamawiający w definicji placówki handlowej użył sformułowania „artykuły spożywcze”, w żaden sposób go nie uściślając.

W ocenie odwołującego na podstawie postanowień SIWZ nie można wywieść, że w ramach oferowanego przez placówkę handlową asortymentu artykułów spożywczych mają znajdować się produkty zapewniające możliwość przygotowania posiłku w całości. Oświadczył, że zdeterminowało to placówki, które wskazał w ofercie.

Podkreślił, że przygotowanie posiłku z produktów zakupionych w kilku placówkach handlowych nie wyklucza wywiązania się przez zamawiającego z obowiązku zapewnienia pracownikom posiłków profilaktycznych, ponieważ pracownik może w różnych punktach dokonać zakupu różnych artykułów jako elementów składowych posiłku i z wszystkich przygotowywać posiłki przez parę dni. Zwrócił uwagę, że przywołane przez zamawiającego na wstępie Załącznika nr 1 do SIWZ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dziennik Ustaw z 1996 r. nr 60 poz. 279) nie określa składu posiłku profilaktycznego przysługującego pracownikom, a tylko jego wymaganą wartość energetyczną (około 1000 kcal), zawartość węglowodanów (50-55%), tłuszczów (30-35%) oraz białek (15%).

Oświadczył, że odrzucone przez zamawiającego placówki handlowe oferują następujące artykuły spożywcze: szeroki wybór słodczy i pieczywa cukierniczego (np. batony, czekolady, ciastka, ciasta, rogalce, kołaczyki itp.), napoje gazowane i niegazowane, soki, wody mineralne, chipsy, produkty masowe, warzywa i owoce. Uznał, że produkty te mogą stanowić element posiłku profilaktycznego, ponieważ zawierają wskazane w przywołanym Rozporządzeniu składniki.

Dodatkowo wskazał na niespójność działań zamawiającego wynikającą z faktu uznania przez zamawiającego placówek typowo jednobranżowych np. piekarni czy sklepów wędliniarskie, chociaż oczywistym jest, że z oferowanych przez nie produktów też nie można w całości przygotować posiłku profilaktycznego - mogą one stanowić element posiłku, dokładnie tak samo jak np. baton, sok, kołaczyk, pączek czy tabliczka czekolady.

W tym samym postępowaniu odwołanie wniósł wykonawca - Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący II”), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ i jest najkorzystniejszą,
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i uznanie, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez nieracjonalne i nieobiektywne różnicowanie wykonawców,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie Sodexo Benefis and Rewards Polska Sp. z o.o. (dalej „Sodexo”) mimo, iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie Sodexo, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i dopuszczenie do niedozwolonej zmiany treści oferty przez Sodexo po otwarciu ofert,
7. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie wobec Sodexo,
8. art. 89 ust. 1, 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sodexo.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
2. wyboru oferty odwołującego II jako najkorzystniejszej,
3. odrzucenia oferty Sodexo,
4. wykluczenia oferty Sodexo wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący II stwierdził, że zamawiający bezpodstawnie nie uznał łącznie 20 placówek handlowych i gastronomicznych.

W odniesieniu do poszczególnych punktów wskazał:

Sklep Mamuth Kitchen (pozycja 58 Wykazu) – uznał za nieprawdziwe twierdzenie, że w placówce sprzedawane są produkty nie spełniające definicji artykułu spożywczego przeznaczonego do przygotowania posiłku profilaktycznego. Powołując się na przepisy ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 178/2002 z dnia 28 stycznia 2002 r. oświadczył, że produkty sprzedawane w w/w placówce spełniają definicję środka spożywczego, co oznacza, że placówka spełnia warunki określone w SIWZ. Podał, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - Placówka handlowa to placówka, której główną działalnością jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wnętrze jest dostępne dla ogółu konsumentów oraz stwierdził, że sklep Mamuth Kitchen trudni się sprzedażą detaliczną, sprzedaje produkty spożywcze, a wnętrze sklepu jest dostępne dla ogółu konsumentów.

W ocenie odwołującego II odżywkę wspomagającą między innymi budowę masy mięśniowej i spalającą tłuszcz są artykułami spożywczymi, na co wskazuje art. 2 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 178/2002 z dnia 28 stycznia 2002 r. ustalające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, ustanawiające Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w sprawie bezpieczeństwa żywnościowego według którego „żywność” (lub „artykuły spożywcze”) oznacza substancje lub produkty, przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do spożycia przez ludzi lub których spożycia przez ludzi można się spodziewać. „Środek spożywczy” obejmuje napoje, gumę do żucia i wszelkie substancje, łącznie z wodą, świadomie dodane do żywności podczas jej wytwarzania, przygotowywania lub obróbki.

Wskazał, że ustawa o bezpieczeństwie żywienia i żywności odsyła do wskazanego wyżej Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 178/2002.

Odwołujący II oświadczył, że w telefonicznej informacji Państwowej Inspekcji Sanitarnej otrzymał wyjaśnienie, iż każda odżywka jest suplementem diety, co wynika ze składu spożywczego a suplement to inaczej mix różnych odżywek. Przytoczył definicję suplementu diety oraz środka spożywczego specjalnego przeznaczenia znajdujące się na stronie internetowej Państwowej Inspekcji Sanitarnej, zgodnie z którą:

- suplementem diety jest środek spożywczy, którego celem jest uzupełnienie normalnej diety, będący skoncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wykazujących efekt odżywczy lub inny fizjologiczny, pojedynczych lub złożonych,

wprowadzany do obrotu w formie umożliwiającej dawkowanie, w postaci: kapsułek, tabletek, drażetek i w innych podobnych postaciach, saszetek z proszkiem, ampułek z płynem, butelek z kroplomierzem i w innych podobnych postaciach płynów i proszków przeznaczonych do spożywania w małych, odmierzonych ilościach jednostkowych, z wyłączeniem produktów posiadających właściwości produktu leczniczego w rozumieniu przepisów prawa farmaceutycznego (Dz. U. 2010r. Nr 136, poz. 914 z późn. zm.),

- środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego to - środek spożywczy, który ze względu na specjalny skład lub sposób przygotowania wyraźnie różni się od środków spożywczych powszechnie spożywanych i zgodnie z informacją zamieszczoną na opakowaniu jest wprowadzany do obrotu z przeznaczeniem do zaspokajania szczególnych potrzeb żywieniowych: osób, których procesy trawienia i metabolizmu są zachwiane lub osób, które ze względu na specjalny stan fizjologiczny mogą odnieść szczególne korzyści z kontrolowanego spożycia określonych substancji zawartych w żywności - taki środek spożywczy może być określany jako "dietetyczny".

Odwołujący uznał, że przytoczone przykłady predestynują odżywkę i suplementy diety jako produkty spożywcze co oznacza, iż placówka prowadzi sprzedaż artykułów spożywczych, zgodnych z definicją prawa krajowego i wspólnotowego.

Placówka Stanpol - sklep spożywczy, Jawiszowice, ul. Łęcka 2 (poz. 11 Wykazu) oraz sklep spożywczy na os. Paderewskiego b/n.(poz. 12 Wykazu) – odwołujący II wskazał, że zgodnie z SIWZ zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dysponują lub będą dysponować Siecią punktów handlowych i gastronomicznych, akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki.

Placówka Bar Stanpol w Jawiszowicach przy ul. Łęckiej 1 (poz. 3 Wykazu) – odwołujący podał, że przedstawił oświadczenie właściciela placówki, potwierdzające spełnianie warunków określonych w SIWZ dla placówki gastronomicznej; dodał, że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił przyczyny nie uwzględnienia w/w placówki do oceny oferty, co uniemożliwia mu możliwość wyczerpującego i merytorycznego odniesienia do decyzji zamawiającego.

Restauracji Asia w Brzeszczu na osiedlu Paderewskiego (poz. 13 Wykazu) oraz Restauracji Centrum w Brzeszczu przy ul. Dworcowej (poz. 14 Wykazu) – wyjaśnił, że przedstawił dokumentację fotograficzną potwierdzającą spełniania przez obie placówki gastronomiczne warunku przygotowywania gorących posiłków, którą zamawiający zignorował. Wskazał, że fakt serwowane posiłków w obu placówkach potwierdza oświadczenie właściciela placówki.

Bar Morcinek w Jawiszowicach przy ul. Bielskiej (poz. 17 Wykazu) – wskazał, że w innym prowadzonym przez tego samego zamawiającego postępowaniu placówka Bar Morcinek został przez zamawiającego zaakceptowany przy identycznej definicji placówki jak i identycznym stanie palcówki; oświadczył, iż w barze Morcinek oferowane są gorące posiłki

Kawiarnia Quarto (poz. Nr 10 Wykazu) - wskazał, że w innym prowadzonym przez tego samego zamawiającego postępowaniu placówka Bar Morcinek został przez zamawiającego zaakceptowany przy identycznej definicji placówki jak i identycznym stanie palcówki;

Pub Katrin (poz. 21 Wykazu) – wyjaśnił, że przedstawił dokumentację fotograficzną, iż Pub Katrin oferuje ciepłe posiłki w liczbie co najmniej 5; podniósł, że zamawiający w SIWZ podał przykładowe propozycje posiłków, co nie oznacza, że akurat tego typu dania mają być obligatoryjne; Podniósł, że zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN posiłek to pożywienie jedzone dla zaspokojenia głodu, co pozwala stwierdzić, że również dania, jakimi dysponuje Pub Katrin wchodzą w zakres definicji posiłku mimo, że nie jest to gulasz czy kotlet schabowy.

Cukiernia Fantazia (poz. 45 Wykazu) – oświadczył, że w placówce prowadzona jest sprzedaż detaliczna produktów spożywczych, w pomieszczeniu, do którego konsument ma dostęp przez co najmniej wszystkie dni robocze; stwierdził, że produkty cukiernicze są produktami spożywczymi, a w SIWZ nie ma żadnego zapisu, który dyskwalifikowałby artykuły cukiernicze jako środki spożywcze.

Restauracja Babel (poz. 7 tabeli) – odwołujący wskazał, że na dzień otwarcia ofert Restauracja Babel pozostawała w jego dyspozycji i spełniała warunki określone w SIWZ; stwierdził, iż w przypadku każdej placówki istnieje prawdopodobieństwo, że właściciele palcówek mogą wypowiedzieć umowę o współpracy z wykonawcami, że mogą zlikwidować placówki, etc., jednak okoliczności związane z wypowiedzeniem umowy, odstąpieniem cofnięciem oświadczenia, jako zaistniałe po otwarciu ofert, nie mają znaczenia dla oceny ofert (wskazał na SIWZ str. 14 pkt. 5, gdzie zamawiający zobowiązał wykonawcę do aktualizowania listy placówek, których liczba nie może być mniejsza niż w ofercie). Oświadczył, że na dzień otwarcia ofert dysponował oświadczeniem właściciela restauracji dołączonym do oferty.

W ocenie odwołującego II zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie odrzucenia jako nie spełniającego

warunków SIWZ sklepu przy ul. Słowackiego 2, wskazanego w ofercie Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego, mimo, że w tym sklepie głównym asortymentem jest alkohol i słodycze.

Odnosząc się do naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust.2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z niewykluczeniem Sodexo Benefis and Rewards Polska Sp. z o.o. stwierdził, że wykonawca ten ewidentnie nie spełniła wymogów udziału w postępowaniu, ponieważ spółka złożyła do oferty nie podpisane oświadczenia właścicieli placówek, które zostały uzupełnione / wypełnione po otwarciu ofert. Uznał, że dołączone do oferty w/w wykonawcy druki oświadczeń jako nie opatrzone podpisami właścicieli placówek, nie mogą być traktowane jako oświadczenia, o których mowa w SIWZ, a także nie mogły być uzupełniane w toku postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, wniesionych przez obu odwołujących się wykonawców w dniu 15 listopada 2013 r. odwołań, zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 18 i 22 listopada 2013 r. wykonawcy Sodexo Benefis Rewards Services Polska Sp. z o.o., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że obu odwołującym przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. Zarzuty obu odwołań zmierzają do zwiększenia podlegającej ocenie w kryterium *łącznej ilości punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych* liczby wskazanych w ich ofertach placówek, co oznacza, że uwzględnienie odwołań prowadziłyby do zmiany liczby tych placówek, a tym samym mogłyby prowadzić do unicestwienia podstawy do unieważnienia postępowania z powodu złożenia ofert zawierających jednakową liczbę placówek i dawałyby składającym je wykonawcom szansę na uzyskanie zamówienia w wyniku powtórnego badania i oceny ofert.

Na rozprawie odwołujący II wycofał zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za placówki handlowe placówek wskazanych w poz. 11 i 12 Wykazu placówek handlowych w mieście Brzeszcze i Gminie (bez miasta) [dalej „Wykaz placówek handlowych”], tj. dwóch sklepów spożywczych zlokalizowanych w Jawiszowicach przy ul. Łęckiej i ul. Paderewskiego b/n, toteż zarzut ten skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zarzuty: zaniechania przez zamawiającego uznania za placówki handlowe placówek wskazanych przez odwołującego w poz. 6, 11, 20, 35 i 38 Wykazu placówek handlowych, tj. Sklepu Wielobranżowego Trias, P.P.H.U. Maja W..... W....., F.H.U. Kana M..... W....., P.P.H.U. Fantazja K..... Z....., Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K..... oraz zaniechania przez zamawiającego uznania za placówki handlowe placówek wskazanych przez odwołującego II w poz. 45 i 58 Wykazu placówek handlowych, tj. Cukierni Fantazja i Sklep Mamuth Kitchen zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że

- pismem z dnia 6 września 2013 r. zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego II do złożenia wyjaśnień co do placówki wskazanej w poz. 58 Wykazu placówek handlowych, wskazując, że zgodnie z wiedzą zamawiającego wynikającą ze znajomości rynku lokalnego w placówce są jedynie odżywki dla sportowców,
- w piśmie z dnia 12 września 2013 r., stanowiącym odpowiedź na ww. wezwanie odwołujący II wyjaśnił, powołując się na definicję środka spożywczego zawartą w ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2010 r., Nr 136 poz. 194 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 178/2002 z dnia 28 stycznia 2002 r., że placówka z poz. 58 prowadzi sprzedaż artykułów spożywczych w rozumieniu ww. aktów,
- w skierowanej do odwołującego informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r. zamawiający podał, iż nie uznał placówek wskazanych w poz. 6, 11, 20, 35 i 38 Wykazu placówek handlowych, ponieważ z oferowanego przez te placówki asortymentu nie można przygotować posiłku profilaktycznego, stąd placówki te nie spełniają definicji placówki handlowej,
- w skierowanej do odwołującego II informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r. zamawiający podał, iż nie uznał placówek wskazanych w poz. 45 i 58 Wykazu placówek handlowych, ponieważ z oferowanego przez placówkę z poz. 45 asortymentu nie można przygotować posiłku profilaktycznego, stąd placówka ta nie spełnia definicji placówki handlowej, zaś oferowane przez placówkę z poz. 58 odżywki wspomagające między innymi budowę masy mięśniowej i spalające tłuszcz nie spełniają definicji artykułu spożywczego przeznaczonego do przygotowania posiłku profilaktycznego, stąd placówka ta także nie spełnia definicji placówki handlowej.

Skład orzekający Izby zważył:

Zaniechanie przez zamawiającego uznania za placówki handlowe wszystkich ww.

placówek nastąpiło w oderwaniu od postanowień SIWZ.

Wskazać należy, że o ile zamawiający zdefiniował w SIWZ pojęcie samej placówki handlowej (placówka prowadząca działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wnętrze jest dostępne dla ogółu konsumentów tzn. pomieszczeniu znajdującym się wewnątrz placówki handlowej, do którego konsument musi mieć możliwość wejścia, czynną co najmniej przez wszystkie dni robocze. Do placówek handlowych nie zalicza się ruchomych punktów sprzedaży detalicznej i automatów sprzedażowych), o tyle nie zdefiniował, nie doprecyzował użytego w definicji placówki handlowej pojęcia „artykuły spożywcze”.

Co więcej, w definicji placówki handlowej zamawiający w ogóle nie posłużył się pojęciem „odpowiedniego posiłku profilaktycznego”, które w toku rozprawy eksponował jako kluczowe.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego brak jest podstaw, aby postanowienia SIWZ odczytywać łącznie z art. 232 kodeksu pracy oraz przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, ponieważ taki sposób interpretacji SIWZ z jej treści nie wynika, a nadto jest zbędny w świetle oświadczenia zamawiającego zawartego w pierwszym zdaniu Szczegółowego Opisu Przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) zgodnie, z którym przedmiot zamówienia został przez zamawiającego opisany w oparciu o wskazane rozporządzenie.

Podkreślenia wymaga, że to zamawiający, będąc pracodawcą zobowiązany do wywiązania się z obowiązku nieodpłatnego zapewnienia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych posiłków, wypełniając obowiązek nałożony przepisem art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, winien w SIWZ zawrzeć opis przedmiotu zamówienia, sporządzony z poszanowaniem reguł wskazanych w art. 29 ustawy Pzp, a jednocześnie z uwzględnieniem adresowanych do zamawiającego jako pracodawcy przepisów ww. rozporządzenia w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Zdanie pierwsze Załącznika nr 1 do SIWZ potwierdza, że tak właśnie swoją powinność (uwzględnienie przy opisie przedmiotu zamówienia przepisów rozporządzenia) pojmował zamawiający.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia „artykuł spożywczy” w SIWZ, a nadto stosowania przez zamawiającego w SIWZ różnych pojęć, tj. poza pojęciem „artykuł spożywczy” (w definicji placówki handlowej”), także pojęcia „produkt spożywczy” (w Rozdziale IX pkt 2 SIWZ) nie można odmówić odwołującemu rozumienia artykułu/produktu spożywczego w sposób zgodny z rozumieniem zbliżonego pojęcia, tj. środka spożywczego, wynikającym z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Zamawiający nie kwestionował, że odżywki sprzedawane we wskazanym przez odwołującego II sklepie Mamuth Kitchen (poz. 58), czy też, że słodczyce (czekolada, batony), pomidory, czy jabłka sprzedawane w placówkach wskazanych przez odwołującego są

środkami spożywczymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Ani wymóg skomponowania posiłku profilaktycznego wyłącznie z wykorzystaniem artykułów zakupionych w jednej placówce, ani wymóg, aby wszystkie zakupione artykuły składały się na posiłek profilaktyczny nie został wyrażony przez zamawiającego w SIWZ, toteż zamawiający nie miał podstaw, aby odmówić uznania ww. placówek wskazanych przez obu odwołujących się za placówki handlowe z tego powodu, że z oferowanego w tych placówkach asortymentu (nowe w porównaniu do treści SIWZ pojęcie) nie można przygotować posiłku profilaktycznego.

Trafnie także podnosili odwołujący na rozprawie, że jedyne wyłączenie, jakie wprowadził zamawiający co do sprzedawanych w placówkach artykułów dotyczyło produktów alkoholowych i wyrobów tytoniowych (Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7 ppkt 6).

Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za placówkę gastronomiczną placówki wskazanej przez odwołującego II w poz. 3 Wykazu placówek gastronomicznych w mieście Brzeszcze i Gminie (bez miasta), tj. Bar Stanpol w Jawiszowicach przy ul. Łęckiej 1 nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił:

- zgodnie z wymogiem zamawiającego zawartym w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował placówkami handlowymi / gastronomicznymi, przy czym oświadczenie w tym zakresie wykonawcy mieli złożyć w ramach Wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zlokalizowanych w mieście Brzeszcze i Gminie Brzeszcze (bez miasta) [dalej „Wykaz placówek handlowych i gastronomicznych”], w których realizowane będą bony żywieniowe, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ; w Wykazie tym, w kolumnie trzeciej zamawiający podał: „Dysponuje / będzie dysponował”, objaśniając wykonawcom w przypisie, „wpisać odpowiednio”,
- placówkę gastronomiczną zamawiający zdefiniował w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) jako placówkę stałą, ogólnie dostępną (np. restauracja, jadalnia, bar), prowadzącą działalność w zakresie przygotowania oraz sprzedaży gorących posiłków zgodnie z kartą menu (co najmniej 5 potraw np. zupy, pierogi, gulasz, kotlet schabowy z dodatkami, filet z kurczaka z dodatkami itp.), do spożycia przez indywidualnego konsumenta na miejscu i na wynos, czynną przez wszystkie dni robocze, posiadającą salę konsumpcyjną będącą pomieszczeniem zamkniętym, ogrzewanym, z co najmniej 15 miejscami siedzącymi,

- w odniesieniu do poz. 3 Wykazu placówek gastronomicznych odwołujący II na str. 20, jak i str. 22 swojej oferty oświadczył, że dysponuje tą placówką,
- w ofercie odwołującego II na str. 26 znajduje się oświadczenie z dnia 18 lipca 2013 r. (osoba nie podpisała się imieniem i nazwiskiem), że Stanpol Zakłady Mięsne Oddział Jawiszowice będzie realizował bony żywieniowe odwołującego II w szczególności w Barze Stanpol – oświadczenie zostało złożone wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ („Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy (....) w okresie wykonywania przez niego zamówienia pod nazwą (...) w następujących placówkach handlowych i gastronomicznych”),
- w dniu 14 sierpnia 2013 r., co wynika z notatki służbowej sporządzonej w tym samym dniu, zamawiający (komisja przetargowa) dokonał wizji lokalnej ww. baru, w wyniku której ustalił, że w barze tym „brak menu oferującego ciepłe posiłki”; nadto zawarto informację, że „komisja chciała dokonać zakupu ciepłego posiłku, jednak osoba obsługująca bar stwierdziła, że „nie prowadzą sprzedaży ciepłych posiłków”,
- pismem z dnia 19 sierpnia 2013 r. inny wykonawca (Górnośląskie Konsorcjum Handlowe) poinformował zamawiającego, że wskazana w ofercie odwołującego II placówka gastronomiczna – Bar Stanpol – nie spełnia warunków SIWZ, ponieważ brak jest 5 dań w ofercie, brak karty dań,
- pismem z dnia 6 września 2013 r. zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego II do złożenia wyjaśnień co do wskazanego w poz. 3 Wykazu placówek gastronomicznych baru, wskazując, że zgodnie z wiedzą zamawiającego wynikającą ze znajomości rynku lokalnego w placówce tej nie wydaje się ciepłych posiłków,
- do pisma z dnia 12 września 2013 r., stanowiącego odpowiedź na ww. wezwanie odwołujący II załączył oświadczenie S..... Ś..... (wyjaśnił, że oświadczenie składa właściciel placówki) z dnia 10 września 2013 r., opatrzone przez odwołującego II opisem „potwierdzające jej istnienie oraz zgodę na współpracę z Wykonawcą w zakresie wymaganym przez Zamawiającego”. W oświadczeniu czytamy: „Oświadczam, iż w lokalu przy ul. Łęcka 1 w Jawiszowicach w barze STANPOL można zamówić gorące posiłki zgodnie z kartą menu. Posiłki te dostępne są we wszystkie dni, w których czynny jest lokal”,
- w dniu 16 września 2013 r., co wynika z notatki służbowej sporządzonej w tym samym dniu, zamawiający (komisja przetargowa) dokonał wizji lokalnej ww. baru, w wyniku której ustalił, że w placówce „wprowadzono menu oferujące ciepłe posiłki” oraz wskazał, że „Osoba obsługująca bar stwierdziła, że posiłki znajdujące się

na karcie menu przywożone są na zamówienie z innej restauracji. W barze Stanpol na miejscu nie przyrządza się gotowych posiłków”,

- w dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego na str. 442 znajduje się także oświadczenie złożone w dniu 20 września 2013 r. przez osobę, której imienia i nazwiska nie podano (osoba nie podpisała się imieniem i nazwiskiem), opatrzone pieczęcią "STANPOL ZAKŁADY MIĘSNE" (wraz z adresem i nr NIP) z którego wynika, że na dzień 5 sierpnia 2013 r. Bar Stanpol w Jawiszowicach ul. Łęcka 1 nie miał w ofercie ciepłych posiłków, oferuje gotowe dania wg karty menu na dzień 16 września 2013 r., a posiłki te nie są sporządzane na miejscu, ale dowożone na zamówienie z innej restauracji”,
- w skierowanej do odwołującego II w informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r. zamawiający podał, iż nie uznał Baru Stanpol, ponieważ nie spełnia definicji placówki gastronomicznej; na rozprawie zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że nie uznał tej placówki, ponieważ w lokalu tym nie przygotowuje się posiłków, przy czym zamawiający zaznaczył, że przygotowanie rozumie jako konieczność obróbki artykułu; wskazał także, że na dzień składania ofert w lokalu w ogóle nie oferowano ciepłych posiłków,
- w Rozdziale XIV pkt 2 SIWZ zamawiający wskazał, że w przypadku stwierdzenia – wg stanu na dzień otwarcia ofert (tożsamy z dniem składania ofert) – błędów w wykazie placówek handlowych / gastronomicznych wdroży opisane przez siebie postępowanie naprawcze.

Skład orzekający Izby zważył:

Z zawartego w Rozdziale XIV pkt 2 postanowienia SIWZ wynika, że zamawiający będzie badał wykaz placówek na dzień składania ofert. Nadto wobec oświadczenia w ofercie odwołującego II, że dysponuje już placówką gastronomiczną wskazaną w poz. 3 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Barem Stanpol uznać należy, że zamawiający miał podstawy, aby zweryfikować na dzień składania ofert, tj. 5 sierpnia 2013 r. (data wskazana w Rozdziale XVIII pkt 1 SIWZ), czy wskazana placówka spełnia ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu.

Wskazać należy, że podstawą weryfikacji tego oświadczenia, zgodnie z postanowieniem SIWZ, miało być oświadczenie podmiotu trzeciego złożone według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. Takie też oświadczenie odwołujący II złożył na str. 26 swojej oferty.

Jednocześnie jednak w wyniku działań zamawiającego, tj. dwukrotnej wizji lokalnej zamawiający uzyskał wiedzę, popartą oświadczeniem z dnia 20 września 2013 r., iż na dzień 5 sierpnia 2013 r. Bar Stanpol nie miał w ofercie ciepłych posiłków.

Na rozprawie odwołujący II oświadczenia tego nie kwestionował. Dodatkowo złożył kolejne oświadczenie z dnia 29 listopada 2013 r. (porównanie podpisów pod oświadczeniami z dnia 18 lipca 2013 r., 20 września 2013 r. oraz 29 listopada 2013 r. prowadzi do wniosku, że złożyła je ta sama osoba, tj. właściciel placówki – S..... Ś.....), zgodnie z którym Bar Stanpol dysponuje w swojej ofercie ciepłymi posiłkami.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odmówił zakwalifikowania Baru Stanpol do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu, ponieważ, co wynika wprost z oświadczenia z dnia 20 września 2013 r., na dzień 5 sierpnia 2013 r. Bar Stanpol w Jawiszowicach ul. Łęcka 1 nie miał w ofercie ciepłych posiłków.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający nie wskazał w SIWZ takiego sposobu rozumienia przygotowania posiłku, jaki zaprezentował na rozprawie, tj. że przygotowanie rozumie jako konieczność obróbki artykułów spożywczych w placówce (lokalu), w którym posiłek jest sprzedawany, dlatego też nie można odmówić wykonawcy przyjęcia innego rozumienia przygotowania posiłku, tj. np. jako podgrzanie, utrzymanie w odpowiedniej temperaturze, czy choćby podanie (serwowanie) posiłku przyrządzonego w innej placówce. W konsekwencji uznać należy, że powodem odmowy zakwalifikowania Baru Stanpol do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw nie mógł stanowić fakt, że w placówce nie przygotowuje się posiłków w rozumieniu zaprezentowanym przez zamawiającego na rozprawie.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za placówki gastronomiczne placówek wskazanych przez odwołującego II w poz. 13 i 14 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Restauracji Asia na Osiedlu Paderewskiego i Restauracji Centrum na ul. Dworcowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił:

- zgodnie z wymogiem zamawiającego zawartym w Rozdziale IX pkt 3 wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował placówkami handlowymi / gastronomicznymi, przy czym oświadczenie w tym zakresie wykonawcy mieli złożyć w ramach Wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zlokalizowanych w mieście

Brzeszcze i gminie Brzeszcze (bez miasta), w których realizowane będą bony żywieniowe, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ; w Wykazie tym, w kolumnie trzeciej zamawiający podał: „Dysponuje / będzie dysponował”, objaśniając wykonawcom w przypisie, „wpisać odpowiednio”,

- placówkę gastronomiczną zamawiający zdefiniował w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) jako placówkę stałą, ogólnie dostępną (np. restauracja, jadłodajnia, bar), prowadzącą działalność w zakresie przygotowania oraz sprzedaży gorących posiłków zgodnie z kartą menu (co najmniej 5 potraw np. zupy, pierogi, gulasz, kotlet schabowy z dodatkami, filet z kurczaka z dodatkami itp.), do spożycia przez indywidualnego konsumenta na miejscu i na wynos, czynną przez wszystkie dni robocze, posiadającą salę konsumpcyjną będącą pomieszczeniem zamkniętym, ogrzewanym, z co najmniej 15 miejscami siedzącymi,
- w odniesieniu do poz. 13 i 14 Wykazu placówek gastronomicznych odwołujący II na str. 20, jak i str. 22 swojej oferty oświadczył, że dysponuje tymi placówkami,
- w ofercie odwołującego II na str. 52 znajduje się oświadczenie z dnia 15 lipca 2013 r. (osoba nie podpisała się imieniem i nazwiskiem), że Bar Asia oraz Restauracja Centrum będzie realizować bony żywieniowe odwołującego II – oświadczenie zostało złożone wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ („Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy (...) w okresie wykonywania przez niego zamówienia pod nazwą (...) w następujących placówkach handlowych i gastronomicznych”),
- w dniu 14 sierpnia 2013 r., co wynika z notatki służbowej sporządzonej w tym samym dniu, zamawiający (komisja przetargowa) dokonał wizji lokalnej ww. placówek, w wyniku której ustalił, że w obu „brak menu oferującego ciepłe posiłki”; nadto zawarto informację, że „komisja chciała dokonać zakupu ciepłego posiłku, jednak osoba obsługująca bar stwierdziła, że „nie prowadzą sprzedaży ciepłych posiłków”,
- pismem z dnia 19 sierpnia 2013 r. inny wykonawca (Górnośląskie Konsorcjum Handlowe) poinformował zamawiającego, że ww. placówki nie spełniają warunków SIWZ, ponieważ brak jest 5 dań w ofercie, brak karty dań,
- pismem z dnia 6 września 2013 r. zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego II do złożenia wyjaśnień co do wskazanych w poz. 13 i 14 Wykazu placówek gastronomicznych restauracji, wskazując, że zgodnie z wiedzą zamawiającego wynikającą ze znajomości rynku lokalnego Restauracja Asia jest „czynna na zamówienie”, natomiast w Restauracji Centrum nie wydaje się ciepłych posiłków,

- do pisma z dnia 12 września 2013 r., stanowiącego odpowiedź na ww. wezwanie odwołujący II załączył w odniesieniu do Restauracji Asia oraz Restauracji Centrum fotografie obejmujące menu placówek,
- w dniu 16 września 2013 r., co wynika z notatki służbowej sporządzonej w tym samym dniu, zamawiający (komisja przetargowa) dokonał wizji lokalnej ww. placówek w wyniku której ustalił, że w placówkach „wprowadzono menu oferujące ciepłe posiłki” oraz wskazał, że osoba obsługująca Bar Asia stwierdziła, że posiłki znajdujące się na karcie menu można przywieźć na zamówienie z innej restauracji, ale nie zrealizowała zamówienia, ponieważ można będzie dokonać zamówienia dopiero po rozstrzygnięciu przetargu, zaś osoba obsługująca Restaurację Centrum stwierdziła, że nie prowadzą sprzedaży ciepłych posiłków, a posiłki znajdujące się w karcie menu przywożone są na zamówienia z innej restauracji, a nadto, że na miejscu nie przyrządza się gotowych posiłków,
- w dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego na str. 441 i 443 znajdują się także oświadczenia złożone w dniu 20 września 2013 r. przez J..... K..... z których wynika, że na dzień 5 sierpnia 2013 r. Restauracja Asia oraz Restauracja Centrum nie miały w ofercie ciepłych posiłków, na dzień 16 września 2013 r. obie restauracje oferują gotowe dania z karty menu, zaś posiłki nie są sporządzane na miejscu, ale dowożone na zamówienie z innej restauracji,
- w skierowanej do odwołującego II w informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r. zamawiający podał, iż nie uznał obu placówek, ponieważ nie spełniają definicji placówki gastronomicznej; na rozprawie zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że nie uznał tych placówek, ponieważ w lokalach tych nie przygotowuje się posiłków, przy czym zamawiający zaznaczył, że przygotowanie rozumie jako konieczność obróbki artykułu; wskazał także, że na dzień składania ofert w lokalu w ogóle nie oferowano ciepłych posiłków.

Skład orzekający Izby zważył:

Z zawartego w Rozdziale XIV pkt 2 postanowienia SIWZ wynika, że zamawiający będzie badał wykaz placówek na dzień składania ofert. Nadto wobec oświadczenia w ofercie odwołującego II, że dysponuje już placówkami gastronomicznymi wskazanymi w poz. 13 i 14 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Restauracją Asia i Restauracją Centrum uznać należy, że zamawiający miał podstawy, aby zweryfikować na dzień składania ofert, tj. 5 sierpnia 2013 r. (data wskazana w Rozdziale XVIII pkt 1 SIWZ), czy wskazane placówki spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu.

Wskazać należy, że podstawą weryfikacji tego oświadczenia, zgodnie z postanowieniem SIWZ, miało być oświadczenie podmiotu trzeciego złożone według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ. Takie też oświadczenia w odniesieniu do obu placówek odwołujący II złożył na str. 52 swojej oferty.

Jednocześnie jednak w wyniku działań zamawiającego, tj. dwukrotnej wizji lokalnej zamawiający uzyskał wiedzę, popartą oświadczeniami z dnia 20 września 2013 r., iż na dzień 5 sierpnia 2013 r. Restauracja Asia i Restauracja Centrum nie miały w ofercie ciepłych posiłków.

Na rozprawie odwołujący oświadczeń tych nie kwestionował. Dodatkowo złożył kolejne oświadczenie z dnia 29 listopada 2013 r. (porównanie podpisów pod oświadczeniami z dnia 15 lipca 2013 r., 20 września 2013 r. oraz 29 listopada 2013 r. prowadzi do wniosku, że złożyła je ta sama osoba, tj. J..... K.....), zgodnie z którym wskazane restauracje dysponują w swojej ofercie ciepłymi posiłkami.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odmówił zakwalifikowania Restauracji Asia i Restauracji Centrum do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu, ponieważ, co wynika wprost z oświadczeń z dnia 20 września 2013 r., na dzień 5 sierpnia 2013 r. restauracje te nie miały w ofercie ciepłych posiłków.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający nie wskazał w SIWZ takiego sposobu rozumienia przygotowania posiłku, jaki zaprezentował na rozprawie, tj. że przygotowanie rozumie jako konieczność obróbki artykułów spożywczych w placówce (lokalu), w którym posiłek jest sprzedawany, dlatego też nie można odmówić wykonawcy przyjęcia innego rozumienia przygotowania posiłku, tj. np. jako podgrzanie, utrzymanie w odpowiedniej temperaturze, czy choćby podanie (serwowanie) posiłku przyrządzonego w innej placówce. W konsekwencji uznać należy, że powodem odmowy zakwalifikowania Restauracji Asia i Restauracji Centrum do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw nie mógł stanowić fakt, że w placówce nie przygotowuje się posiłków w rozumieniu zaprezentowanym przez zamawiającego na rozprawie.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za placówki gastronomiczne placówek wskazanych przez odwołującego II w poz. 10 i 17 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Kawiarnia Quatro i Baru Morcinek zasługuje na uwzględnienie w części odnoszącej się do Baru Morcinek.

Skład orzekający Izby ustalił:

- zgodnie z wymogiem zamawiającego zawartym w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował placówkami handlowymi / gastronomicznymi, przy czym oświadczenie w tym zakresie wykonawcy mieli złożyć w ramach Wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, w których realizowane będą bony żywieniowe, sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ; w Wykazie tym, w kolumnie trzeciej zamawiający podał: „Dysponuje / będzie dysponował”, objaśniając wykonawcom w przypisie, „wpisać odpowiednio”,
- placówkę gastronomiczną zamawiający zdefiniował w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) jako placówkę stałą, ogólnie dostępną (np. restauracja, jadłodajnia, bar), prowadzącą działalność w zakresie przygotowania oraz sprzedaży gorących posiłków zgodnie z kartą menu (co najmniej 5 potraw np. zupy, pierogi, gulasz, kotlet schabowy z dodatkami, filet z kurczaka z dodatkami itp.), do spożycia przez indywidualnego konsumenta na miejscu i na wynos, czynną przez wszystkie dni robocze, posiadającą salę konsumpcyjną będącą pomieszczeniem zamkniętym, ogrzewanym, z co najmniej 15 miejscami siedzącymi,
- odniesieniu do poz. 10 i 17 Wykazu placówek gastronomicznych odwołujący II na str. 20, jak i str. 22 swojej oferty oświadczył, że dysponuje tymi placówkami,
- w ofercie odwołującego II na str. 43 i 57 znajdują się oświadczenia z dnia 15 i 10 lipca 2013 r., że obie placówki będą będzie realizować bony żywieniowe odwołującego II – oświadczenia zostały złożone wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ („Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy (....) w okresie wykonywania przez niego zamówienia pod nazwą (...) w następujących placówkach handlowych i gastronomicznych”),
- w dniu 14 sierpnia 2013 r., co wynika z notatki służbowej sporządzonej w tym samym dniu, zamawiający (komisja przetargowa) dokonał wizji lokalnej kawiarni Quatro, w wyniku której ustalił, że w kawiarni serwuje się 5 ciepłych posiłków,
- pismem z dnia 19 sierpnia 2013 r. inny wykonawca (Górnośląskie Konsorcjum Handlowe) poinformował zamawiającego, że kawiarnia Quatro nie spełnia warunków SIWZ, ponieważ brak jest 5 dań w ofercie, brak karty dań,

- jak wynika z notatki służbowej sporządzonej w dniu 3 października 2013 r., zamawiający (komisja przetargowa) dokonał wizji lokalnej Baru Morcinek w wyniku której, po rozmowie z „pracownikami obsługi” ustalił, że posiłki zgodnie z kartą dań są dostarczane z Pizzeri XXL w Jawiszowicach,
- w dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego na str. 439 znajduje się także oświadczenie złożone w dniu 27 września 2013 r. (...) dotyczące kawiarni Quatro, z którego wynika, że na „do dnia 5 sierpnia 2013 r. włącznie posiadałem w swojej ofercie 4 ciepłe posiłki. Na prośbę klientów w ostatnim okresie czasu wprowadziłem kolejny ciepły posiłek oraz kartę dań na telefon”,
- w skierowanej do odwołującego II informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r. zamawiający podał, powołując się na oświadczenie właściciela placówki, iż nie uznał kawiarni Quatro, ponieważ nie spełnia definicji placówki gastronomicznej; podał także, powołując się na przeprowadzoną przez siebie wizję lokalną, że nie uznał Baru Morcinek, ponieważ nie spełnia definicji placówki gastronomicznej; na rozprawie dodatkowo wyjaśnił, że nie uznał baru Morcinek, ponieważ posiłki w tym lokalu nie są przygotowywane na miejscu.

Skład orzekający Izby zważył:

Z zawartego w Rozdziale XIV pkt 2 postanowienia SIWZ wynika, że zamawiający będzie badał wykaz placówek na dzień składania ofert. Nadto wobec oświadczenia w ofercie odwołującego II, że dysponuje już placówkami gastronomicznymi wskazanymi w poz. 10 i 17 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Kawiarnią Quatro i Barem Morcinek uznać należy, że zamawiający miał podstawy, aby zweryfikować na dzień składania ofert, tj. 5 sierpnia 2013 r. (data wskazana w Rozdziale XVIII pkt 1 SIWZ), czy wskazane placówki spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu.

Wskazać należy, że podstawą weryfikacji tego oświadczenia, zgodnie z postanowieniem SIWZ, miało być oświadczenie podmiotu trzeciego złożone według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ. Takie też oświadczenia w odniesieniu do obu placówek odwołujący II złożył na str. 43 i 57 swojej oferty.

Jednocześnie jednak w wyniku działań zamawiającego, tj. wizji lokalnej przeprowadzonej w dniu 14 sierpnia 2013 r. (Kawiarnia Quatro) zamawiający uzyskał wiedzę, popartą oświadczeniem z dnia 27 września 2013 r., iż do dnia 5 sierpnia 2013 r. włącznie w ofercie kawiarni pozostawały 4 ciepłe posiłki, zaś w wyniku wizji Baru Morcinek (Notatka służbowa z dnia 3 października 2013 r.) zamawiający uzyskał wiedzę, że posiłki zgodnie z kartą dań są dostarczane z Pizzeri XXL w Jawiszowicach.

Na rozprawie odwołujący oświadczeń tych nie kwestionował.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odmówił zakwalifikowania Kawiarni Quatro do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu, ponieważ, co wynika wprost z oświadczenia z dnia 27 września 2013 r., na dzień 5 sierpnia 2013 r. kawiarnia ta nie miała w ofercie 5, a jedynie 4 ciepłe posiłki.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby uznał, że zamawiający niezasadnie odmówił zakwalifikowania Baru Morcinek do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, ponieważ zamawiający nie wskazał w SIWZ takiego sposobu rozumienia przygotowania posiłku, jaki zaprezentował na rozprawie, tj. że przygotowanie rozumie jako konieczność obróbki artykułów spożywczych w placówce (lokalu), w którym posiłek jest sprzedawany, a skoro tak to nie można odmówić wykonawcy przyjęcia innego rozumienia przygotowania posiłku, tj. podanie (serwowanie) posiłku przyrządzonego w Pizzeri XXL w Jawiszowicach.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za placówkę gastronomiczną placówki wskazanej przez odwołującego II w poz. 21 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Pubu Katrin zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że w skierowanej do odwołującego II informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r. zamawiający podał, powołując się na dokumentację fotograficzną (o dokumentacji fotograficznej mowa jest w Notatce służbowej zamawiającego (członków komisji przetargowej) z dnia 3 października 2013 r.), że nie uznał Pubu Katrin, ponieważ nie spełnia definicji placówki gastronomicznej – wyjaśnił, że frytki, ziemniaczki, kulki, szyszki są jedynie dodatkiem do posiłku; na rozprawie zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że jedynie zapiekankę, hamburger i cheeseburger z oferty tej placówki uznał za posiłek profilaktyczny.

Skład orzekający Izby ustalił także, że placówkę gastronomiczną zamawiający zdefiniował w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) jako placówkę stałą, ogólnie dostępną (np. restauracja, jadalnia, bar), prowadzącą działalność w zakresie przygotowania oraz sprzedaży gorących posiłków zgodnie z kartą menu (co najmniej 5 potraw np. zupy, pierogi, gulasz, kotlet schabowy z dodatkami, filet z kurczaka z dodatkami itp.), do spożycia przez indywidualnego konsumenta na miejscu i na wynos, czynną przez wszystkie dni robocze, posiadającą salę konsumpcyjną będącą pomieszczeniem zamkniętym, ogrzewanym, z co najmniej 15 miejscami siedzącymi.

Skład orzekający Izby zważył, że przywołana definicja placówki gastronomicznej jedynie przykładowo wskazuje posiłki, jakie mogą być serwowane w placówce, o czym przesądza użycie skrótu „np.». Skoro wskazane posiłki mają jedynie charakter przykładowy, zaś zamawiający w SIWZ w żaden inny sposób nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem „posiłek” (zamawiający nie sprecyzował pojęcia „posiłek” również na rozprawie, a jedynie, odwołując się do pojęcia „odpowiedni posiłek profilaktyczny” – pomimo, że takie sformułowanie w ogóle nie pojawia się w SIWZ – stwierdził, że zdefiniowanie tego pojęcia byłoby niemożliwe, a nadto, że wobec braku definicji „odpowiedniego posiłku profilaktycznego” ocena w tym zakresie powinna być pozostawiona zamawiającemu, który musi się kierować zdrowym rozsądkiem), to nie można odmówić wykonawcy, aby rozumiał posiłek po prostu jako pożywienie spożywane dla zaspokojenia głodu. W związku z takim rozumieniem posiłku należy uznać, że frytki, ziemniaczki, czy kulki (ziemniaczane) mogą zaspokoić głód. Forsowane przez zamawiającego stanowisko o pozostawieniu do jego decyzji na etapie badania i oceny ofert, co jest „odpowiednim posiłkiem profilaktycznym” nie może znaleźć aprobaty, ponieważ zagraża zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – kierowanie się hasłowo wskazanym „zdrowym rozsądkiem” prowadzić może do arbitralnych decyzji zamawiającego.

Złożone przez odwołującego II na rozprawie oświadczenie z dnia 29 listopada 2013 r. dotyczące tej placówki nie odwołuje się w ogóle do liczby oferowanych posiłków, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że nie ma ono znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego uznania za placówkę gastronomiczną placówki wskazanej przez odwołującego II w poz. 7 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Restauracji Babel zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił:

- w odniesieniu do poz. 7 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Restauracji Babel odwołujący II na str. 20, jak i str. 22 swojej oferty oświadczył, że dysponuje tą placówką,
- w ofercie odwołującego II na str. 34 znajduje się oświadczenie z dnia 11 lipca 2013 r. J..... N....., że Restauracja Babel będzie realizować bony żywieniowe odwołującego II – oświadczenie zostało złożone wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ („Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy (...) w okresie wykonywania przez niego zamówienia pod nazwą (...) w następujących placówkach handlowych i gastronomicznych”),

- w skierowanym do odwołującego II wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 4 października 2013 r. zamawiający wskazał, że wprawdzie do oferty odwołujący II załączył oświadczenie właściciela placówki J..... N..... z dnia 11 lipca 2013 r., to jednocześnie zamawiający podał, że dysponuje oświadczeniem tej samej osoby (str. 208-209 dokumentacji przedłożonej Izbie przez zamawiającego), iż Restauracja Babel świadczy usługi jedynie dla gości hotelowych – oświadczenie, pozostające w dyspozycji zamawiającego zostało złożone w dniu 13 września 2013 r. i swojej treści nie odwołuje się do terminu składania ofert, tj. dnia 5 sierpnia 2013 r.,
- w piśmie (informacji), stanowiącym odpowiedź na wezwanie z dnia 4 października 2013 r., odwołujący II oświadczył, że Restauracja Babel świadczy usługi gastronomiczne nie tylko dla gości hotelowych, ale także dla innych gości, załączając oświadczenie J..... N..... z dnia 7 października 2013 r., iż Restauracja w Hotelu Babel jest czynna także dla innych niż hotelowych gości, jest ogólnie dostępna,
- w skierowanej do odwołującego II informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2013 r., zamawiający podał, powołując się na rozbieżność w oświadczeniach, że nie uznał Restauracji Babel; na rozprawie zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że na dzień składania ofert placówka nie była dostępna dla osób innych niż goście hotelowi, a także że wątpliwości zamawiającego co do tej placówki wzbudziło jej „wycofanie z oferty” przez innego wykonawcę (przystępującego).

Skład orzekający Izby zważył:

Z zawartego w Rozdziale XIV pkt 2 postanowienia SIWZ wynika, że zamawiający będzie badał wykaz placówek na dzień składania ofert. Nadto wobec oświadczenia w ofercie przez odwołującego II, że dysponuje już placówką gastronomiczną wskazaną w poz. 7 Wykazu placówek gastronomicznych, tj. Restauracją Babel uznać należy, że zamawiający miał podstawy, aby zweryfikować na dzień składania ofert, tj. 5 sierpnia 2013 r., czy wskazana placówka spełnia ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi.

Wskazać należy, że podstawą weryfikacji tego oświadczenia, zgodnie z postanowieniem SIWZ, miało być oświadczenie podmiotu trzeciego złożone według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. Takie też oświadczenia w odniesieniu do Restauracji Babel odwołujący II złożył na str. 34 swojej oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby uznać należy, że odwołujący II, poprzez załączenie do swojej oferty oświadczenia z dnia 11 lipca 2013 r. podmiotu trzeciego – właściciela Restauracji Babel wykazał w sposób przewidziany w SIWZ (Rozdział IX pkt 3 SIWZ), że dysponował tą placówką na dzień składania ofert. Niewątpliwie bowiem żądane przez zamawiającego oświadczenie temu właśnie celowi – wykazaniu dysponowania

placówką na dzień składania ofert – miało służyć. Dostrzeżenia wymaga, że pozyskane przez zamawiającego oświadczenie z dnia 13 września 2013 r. nie wskazuje, na jaki dzień placówka była dostępna (świadczyła usługi gastronomiczne) jedynie dla gości hotelowych. Innymi słowy oświadczenie nie wskazuje, że na dzień 5 sierpnia 2013 r. Restauracja Babel nie była ogólnie dostępna. Oświadczenia nie pozostają ze sobą w sprzeczności, ponieważ nie można uznać, że odnoszą się do dostępności placówki w tym samym dniu.

Złożone przez odwołującego II na rozprawie oświadczenie J..... N..... z dnia 29 listopada 2013 r. świadczy o tym, iż na dzień jego składania placówka jest ogólnie dostępna.

I choć dziwi zmienna, w świetle złożonych oświadczeń właściciela, dostępność Restauracji Babel na przestrzeni krótkiego okresu, to jednak w ocenie składu orzekającego Izby na potrzeby kwalifikacji placówki jako stałej placówki gastronomicznej ogólnie dostępnej (a nie stale dostępnej placówki gastronomicznej) należy w ww. okolicznościach oprzeć się na oświadczeniu właściciela placówki z dnia 11 lipca 2013 r. załączonym do oferty.

Wskazać przy tym należy, że zamawiający zastrzegł dla siebie prawo prowadzenia okresowych kontroli sposobu realizacji bonów żywieniowych przez placówki gastronomiczne i w tym kontekście przewidział, aby wykonawca zagwarantował sobie możliwość odstąpienia od umowy z placówką na wniosek zamawiającego (Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 21). Trwałą dostępność Restauracji Babel w szczególności dla swoich pracowników zamawiający będzie mógł zatem zweryfikować ponownie na etapie realizacji umowy.

Ze względu na przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu) skład orzekający nie rozpoznał zarzutu zaniechania przez zamawiającego uznania za placówkę handlową placówki wskazanej przez odwołującego II w poz. 35 Wykazu placówek handlowych, ponieważ odwołujący nie objął odwołaniem tego zarzutu, tj. nie kwestionował tej pozycji Wykazu, a uczynił to dopiero na rozprawie.

Zarzut uznania przez zamawiającego za placówkę handlową placówki wskazanej przez wykonawcę – Górnośląskie Konsorcjum Handlowe w poz. 48 Wykazu placówek handlowych, tj. sklepu spożywczego przy ul. Słowackiego 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Jedynym argumentem, który wskazał odwołujący II, a który miał przesądzać o konieczności odmowy uznania ww. placówki za placówkę handlową był fakt, że w placówce „głównym asortymentem jest alkohol i słodycze”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 7 ppkt 6 wprowadził wymóg, że bony żywieniowe muszą zawierać

zastrzeżenie o braku możliwości ich realizacji w zakresie nabycia produktów alkoholowych i wyrobów tytoniowych.

Fakt sprzedaży w placówce alkoholu pozostaje bez znaczenia (pracownicy zamawiającego nie będą zresztą mogli, ze względu na poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie, nabyć alkoholu), ponieważ placówka sprzedaje także inne artykuły spożywcze, czego odwołujący II nie kwestionował (świadczy o tym użycie wyrazu „głównie”), w tym słodczy, które niewątpliwie są artykułami spożywczymi (o rozumieniu pojęcia „artykuły spożywcze” była mowa powyżej).

Zarzut odwołującego II zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania wobec złożenia przez odwołującego II na rozprawie oświadczenia o wycofaniu tego zarzutu.

Zarzut odwołującego II zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Jedynym argumentem, który wskazał odwołujący II, a który miał przesądzać o tym, że wskazany wykonawca „ewidentnie nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu” był fakt, że złożył on „nie podpisane oświadczenia właścicieli placówek, które zostały uzupełnione/wypełnione po otwarciu ofert”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu (tzw. warunki podmiotowe) oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania został zawarty w Rozdziale VI i VII SIWZ. Żaden ze wskazanych tam warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji żaden z dokumentów nie dotyczy oświadczeń składanych przez właścicieli placówek. Na tej podstawie skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia ww. wykonawcy z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczenia właścicieli placówek zostały wskazane przez zamawiającego w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ, jednak nie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, ale na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez zamawiającego w Załączniku nr 1 (tzw. warunki przedmiotowe).

Skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w Rozdziale XIV pkt 2 SIWZ opisał postępowanie „naprawcze” (z zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) które wdroży w przypadku, gdy na dzień składania ofert stwierdzi błędy w wykazie placówek handlowych / gastronomicznych któregośkolwiek wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał, aby uzupełnienie podpisów pod oświadczeniami właścicieli placówek nie mogło zostać objęte wskazanym postępowaniem, pozostawiając swoje twierdzenie o zaniechaniu przez zamawiającego uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp gołosłownym.

Zarzut odwołującego II zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1, 2 i 5 ustawy Pzp odwołujący II również pozostawił całkowicie gołosłownym, toteż skład orzekający Izby zarzutu tego nie uwzględnił.

Niezasadne nieuznanie przez zamawiającego za placówki handlowe placówek wskazanych przez odwołującego w odwołaniu oraz niezasadnego nieuznanie przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego II w odwołaniu niektórych placówek miało wpływ na wynik postępowania [jego unieważnienie z powodu takiej samej liczby uznanych placówek w ofercie odwołującego II (62) i przystępującego (62)], ponieważ liczba placówek odwołującego, które zamawiający powinien uznać wynosi nie 61 (jak wskazał zamawiający w informacji o wynikach postępowania), ale 66 (dodatkowo: Sklep Wielobranżowy Triass, PPHU Maja W..... W....., FPHU Kana M..... W....., Cukiernia Fantazja, Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K.....), zaś w przypadku odwołującego II nie 62, ale 67 (dodatkowo: Cukiernia Fantazja, Sklep Mamuth Kitchen, Bar Morcinek, Pub Katrin, Restauracja Babel).

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, wydając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp orzeczenie łączne w sprawach o sygn. akt KIO 2655/13 i KIO 2658/13.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1) lit. a oraz pkt 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: