

WYROK

z dnia 4 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2012 r.

przez wykonawcę: **Zakłady Mięsne „BERGER” I..... i B..... B..... spółka jawna z siedzibą w Rydułtowach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Zakłady Mięsne „BERGER” I..... i B..... B..... spółkę jawną z siedzibą w Rydułtowach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Zakłady Mięsne „BERGER” I..... i B..... B..... spółkę jawną z siedzibą w Rydułtowach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: Zakładów Mięsnych „BERGER” I..... i B..... Berger spółki jawnej z siedzibą w Rydułtowach na rzecz zamawiającego: Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 2589/12

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Dostawę bonów (kuponów) żywieniowych uprawniających do pozyskania produktów w celu przyrządzania posiłków profilaktycznych dla pracowników JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Borynia* (oznaczenie sprawy 114/X/ZZ/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2012/S_224-369409 z 21 listopada 2012 r., z tym, że 16 listopada 2012 r. Zamawiający przesłał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.jsw.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 30.069.504 zł, co stanowi równowartość 7.480.720,47 euro.

26 listopada 2012 r. (pismem z 23 listopada 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosły odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zakłady Mięsne „BERGER” I..... i B..... B..... spółka jawna z siedzibą w Rydułtowach (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie *zasad udzielania zamówień publicznych przez obrazę przepisów „PZP”, poprzez niezgodnymi z zasadami określonymi w tej ustawie zapisami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...), dotyczące postępowania, którego przedmiot został opisany w oparciu o rozp. Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków oraz napojów (Dz. U. z 1996r., Nr 60, poz. 279) (...), stojące nadto w sprzeczności z zapisami Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)*. Odwołujący sprecyzował, że Zamawiający naruszył przepisy powyżej wskazanych ustaw przez to, że:

1. Nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz dopuścił się nieracjonalnego i nieuzasadnionego różnicowania wykonawców.
2. Naruszył uzasadniony interes przedsiębiorcy przez wprowadzenie nieuzasadnionego,

dyskryminującego go kryterium oceny ofert (w odwołaniu wskazano na art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

3. Utrudnił dostęp do rynku w sposób nieuzasadniony preferując tylko niektórych oferentów (w odwołaniu wskazano art. 3 ust. 2 i *art. 15.1 ust. 3* ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści pkt 16 rozdziału XIV, rozdziału XVIII i załącznika nr 1 do SIWZ *w części określającej kryteria udziału w przetargu oraz wyboru ofert zapisów różnicujących placówki handlowe pod względem ich wielkości, gdyż to kryterium dla realizacji przetargu nie ma żadnego uzasadnienia.*

Odwołujący podniósł, że ma interes prawny w dokonaniu wnioskowanej przez siebie zmiany postanowień SIWZ, gdyż stanowią one niezgodne z prawem działanie Zamawiającego, które może Odwołującemu uniemożliwić wykonanie zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania.

Odwołujący sprecyzował odwołanie przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie.

Na wstępie Odwołujący zauważył, że rozstrzygającym kryterium wyboru oferty nie będzie cena, choć kryterium to według SIWZ ma wagę 50%. Wynika to wprost z art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to przepisy uniemożliwiają emitowanie oraz realizację znaków legitymacyjnych powyżej lub poniżej ich nominalnej wartości. Pozwala to przyjąć założenie, że cena ofert różnych wykonawców będzie identyczna. Decydującym kryterium jest natomiast liczba punktów, w których pracownicy Zamawiającego będą mogli wymienić bony na produkty umożliwiające przyrządzenie posiłków profilaktycznych.

Odwołujący wskazał, że ogłoszony przetarg ma na celu realizację obowiązku prawnego nałożonego na Zamawiającego na mocy przepisu art. 232 kodeksu pracy i wydanego na tej podstawie rozporządzenia, w zakresie nieodpłatnego dostarczenia pracownikom zatrudnionym w szczególnych warunkach posiłków profilaktycznych, względnie ich zamiennika w postaci produktów spożywczych, umożliwiających ich przyrządzenie we własnym zakresie. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że celem postępowania jest wyłonienie wykonawcy, który posiadaczom bonów żywieniowych (pracownikom Zamawiającego) zapewni zakup produktów spożywczych w sposób dla nich najbardziej dogodny. Ten oczywisty wymóg będzie spełniony jedynie wówczas, gdy we wskazanych w załączniku nr 1 do SIWZ miejscowościach, w których mieszka zdecydowana większość pracowników Zamawiającego, będzie można dokonać zakupu produktów spożywczych w możliwie największej liczbie placówek.

Zdaniem odwołującego zamieszczenie w SIWZ postanowień preferujących wykonawcę dysponującego największą liczbą supermarketów przesądza wynik ogłoszonego przetargu. Zamawiający preferuje w ten sposób oferentów działających w skali krajowej, choć zadanie dotyczy realizacji zobowiązania w skali lokalnej, słusznie ograniczonej terytorialnie do miejsca zamieszkania pracowników. Zamieszczone w SIWZ wzory sposobu oceny ofert jednoznacznie wskazują na to, że o wyborze oferty jako najkorzystniejszej decydować będzie wyłącznie największa liczba supermarketów. Pozostałe kryteria, a mianowicie liczba placówek handlowych i gastronomicznych, nie będzie miała dla tej oceny żadnego, nawet symbolicznego znaczenia. Zdaniem Odwołującego takie preferowanie wykonawców dysponujących dużą liczbą supermarketów nie ma racjonalnego ani rzeczowego uzasadnienia. W sklepach wielkopowierzchniowych asortyment towarów jest zazwyczaj bardzo szeroki, a zakup oferowanych w nich produktów zaspokaja potrzeby gospodarstw domowych niemal w pełnym zakresie. Odwołujący nie jest w stanie wykazać się większą liczbą supermarketów zobowiązanych do realizacji jego bonów, aniżeli oferenci działający w skali krajowej. Natomiast dla realizacji zadania odwołujący może dysponować zdecydowanie większą liczbą placówek handlowych i gastronomicznych, wprawdzie o mniejszej powierzchni, ale oferujących nabywcy asortyment produktów spożywczych nierzadko przewyższający ofertę supermarketów. Zdaniem Odwołującego pozostawienie kwestionowanych postanowień SIWZ w praktyce oznacza, że przetarg został rozstrzygnięty na korzyść oferenta dysponującego lokalnym rynku mniejszą ilością placówek handlowych lecz posiadającego w swojej ofercie supermarkety, w których sprzedaż produktów żywnościowych stanowi znikomą część ich działalności. Tymczasem bony żywieniowe mają zapewnić ich posiadaczom wyłączną możliwość zakupu produktów spożywczych do przyrządzenia posiłku, w tym konkretnym przypadku jednostkowe nominały bonów wynoszą 13 i 14 zł.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest związany zakazem ustanawiania dla realizacji zadania warunków nadmiernych i nieracjonalnych, eliminujących z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający narusza zasady uczciwej konkurencji także wówczas, gdy wprowadzone przez niego ograniczenia bądź rozróżnienia nie są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ wprowadził kryteria jednoznacznie dyskryminujące małych przedsiębiorców dysponujących większą liczbą placówek lecz o mniejszej powierzchni sprzedaży. Nie służy to podstawowemu celowi przetargu, którym jest umożliwienie pracownikom Zamawiającego zakupu produktów spożywczych w sposób dla nich najbardziej dogodny, a więc w miejscu zamieszkania, w możliwie największej liczbie placówek handlowych.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł na piśmie lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

26 listopada 2012 r. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

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

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania postanowienia ogłoszenia i s.i.w.z. mogą narażać Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby liczyć w przypadku ich odmiennego brzmienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., a także z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dowód przedstawiony przez Odwołującego

na rozprawie.

W zakresie objętym zarzutami odwołania, Izba ustaliła, co następuje:

Załącznik nr 1 do s.i.w.z. tzw. specyfikacja techniczna zawiera między innymi następujące postanowienia uszczegóławiające opis przedmiotu zamówienia:

1. *Bony (kupony) żywieniowe w formie papierowej o wartości nominalnej 13,00 zł i 14,00 zł za sztukę, z możliwością zmiany wartości nominału w trakcie trwania zamówienia, do realizacji w minimum 100 placówkach handlowych i gastronomicznych na terenie powiatów: Jastrzębie Zdrój, Wodzisław Śląski, Rybnik, Żory, Cieszyn, Racibórz, Pszczyna. W tym w szczególności w każdej w poniżej wymienionych miejscowościach Wykonawca winien wykazać minimum 5 placówek handlowych, 1 placówkę gastronomiczną oraz 1 supermarket realizujące bony (kupony) żywieniowe:*

- *Jastrzębie Zdrój,*
- *Pawłowice,*
- *Wodzisław Śląski,*
- *Rybnik,*
- *Żory,*
- *Cieszyn,*
- *Racibórz,*
- *Pszczyna.*

2. *Poprzez placówkę handlową Zamawiający rozumie placówkę, której główną działalnością jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniach, których wnętrze jest dostępne dla konsumentów.*

3. *Poprzez placówkę gastronomiczną Zamawiający rozumie placówkę, której przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym miejsca siedzące.*

4. *Poprzez supermarket Zamawiający rozumie placówkę handlową o powierzchni sprzedażowej powyżej 400 m², prowadzącą sprzedaż w systemie samoobsługowym, oferującą szeroki asortyment artykułów żywnościowych.*

(...)

14. *Do oferty należy dołączyć Wykaz placówek handlowych i gastronomicznych realizujących bony (kupony) żywieniowe. Wykaz ten winien być aktualizowany co najmniej raz na kwartał i po aktualizacji dostarczany Zamawiającemu. (...). Aktualizacje wykazu placówek nie mogą zawierać mniejszej liczby placówek niż to wynika z załączonego do oferty Wykazu placówek handlowych i gastronomicznych.*

(...)

18. *Bony (kupony) żywieniowe stanowiące przedmiot zamówienia umożliwią nabycie wyłącznie produktów żywnościowych w celu przyrządzania posiłków profilaktycznych (posiłki, artykuły spożywcze, napoje bezalkoholowe).*

Powyższe postanowienia zostały również wprost przeniesione do odpowiednich ustępów § 1 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 9 do s.i.w.z.

W rozdziale XIV określono następujący sposób przygotowania ofert:

Zawartość oferty i sposób jej sporządzenia musi być zgodny ze wszystkimi postanowieniami niniejszej SIWZ:

(...)

3. *Pod pojęciem „Oferty” należy rozumieć druk „OFERTA”, sporządzony wg Załącznika nr 2 do SIWZ oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez Wykonawcę, których wymaga Zamawiający.*

(...)

16. *Wykonawca dołączy do oferty wykazy supermarketów, placówek handlowych i gastronomicznych realizujących bony (kupony) żywieniowe, wg wzorów stanowiących Załączniki nr 3a, 3b i 3c do SIWZ. Przedmiotowe wykazy stanowiąc będą Załącznik nr 1 do umowy. Wykaz ten winien być aktualizowany co najmniej raz na kwartał i po aktualizacji dostarczany Zamawiającemu. (...) Aktualizacje ww. wykazu nie mogą zawierać mniejszej liczby supermarketów oraz placówek handlowych i gastronomicznych niż to wynika z załączonych do oferty wykazów.*

(...)

18. *Oferta winna być przygotowana zgodnie z treścią formularzy stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ. Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na formularzach sporządzonych przez Wykonawcę, pod warunkiem, że ich treść, a także opis kolumn i wierszy odpowiadać będą formularzom określonym przez Zamawiającego.*

Rozdział XVII zawiera opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. Poza kryterium cenowym o wadze 50%, przewidziano w nim 3 analogiczne kryteria pozacenowe dotyczące liczby miejsc realizacji bonów, po pierwsze – w supermarketach (waga 30%), po drugie – w placówkach handlowych (waga 15%) i po trzecie – w placówkach gastronomicznych (5%). Dla każdego z tych 3 kryteriów przewidziano analogiczny wzór, zgodnie z którym maksymalną liczbę punktów otrzyma wykonawca, który zaoferował największą liczbę miejsc realizacji danego typu, a pozostali wykonawcy otrzymają

proporcjonalnie mniej punktów. W każdym przypadku do wzoru ma być wprowadzana liczba odpowiednio supermarketów albo placówek handlowych albo punktów gastronomicznych realizujących bony wskazanych w załącznikach 2 i 3 do s.i.w.z. W pkt 6 formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z.) przewidziano miejsce na wpisanie łącznej liczby supermarketów, łącznej liczby placówek handlowych i łącznej liczby punktów gastronomicznych, zgodnie z załącznikami odpowiednio 3a, 3b i 3c do s.i.w.z. W załącznikach tych Zamawiający przygotował wzory wykazów odpowiednio supermarketów, punktów handlowych i punktów gastronomicznych znajdujących się na terenie powiatów: Jastrzębie Zdrój, Wodzisław Śląski, Rybnik, Żory, Cieszyn, Racibórz i Pszczyna. W przypadku supermarketów i punktów handlowych w tabeli przewidziano oprócz występującej także w przypadku punktów gastronomicznych rubryki na wpisanie powiatu, rubrykę, w której należy podać branżę sklepu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zarzuty podniesione w odwołaniu i podlegające rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby w odwołaniu podniesiono *de facto* jedynie zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego wynikających z art. 7 ust. 1 pzp zasad – przez wprowadzenie kryteriów oceny ofert odnośnie liczby punktów realizujących bony żywniowe, które w nieuzasadniony sposób preferują supermarkety. W odwołaniu wskazano wprawdzie także na naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), stanowi to jednak jedynie element argumentacji mającej przemawiać za nieprowadzeniem przez Zamawiającego postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Po pierwsze – ustawa pzp w art. 7 ust. 1 nie odsyła bezpośrednio do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tak jak czyni to np. w art. 8 ust. 3 czy w art. 89 ust. 1 pkt 3. Po drugie – ani powołanie się na jeden element (naruszenie interesu innego przedsiębiorcy) klauzuli generalnej definiującej czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ani nawet wskazanie na czyn opisany w art. 15 ust. 1 pkt 3 tej ustawy (w ten sposób na rozprawie Odwołujący sprostował zacytowany powyżej zapis z odwołania) – nie stanowi podania okoliczności wskazujących na popełnienie przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności wątpliwe jest czy Zamawiającego można uznać za przedsiębiorcę konkurującego z wykonawcami, jak również czy tych wykonawców

ubiegających się o udzielenie zamówienia można uznać za klientów Zamawiającego w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym niemniej wskazanie na naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w kontekście podniesionych w odwołaniu okoliczności jest wystarczające dla uznania, że w odwołaniu został sprecyzowany zarzut nadający się do rozpatrzenia, to znaczy taki, który może skutkować uwzględnieniem odwołania w razie potwierdzenia się jego zasadności.

Dalej Izba zważyła, że podniesiony w odwołaniu zarzut został skonkretyzowany w stosunku do kryterium oceny ofert premiującego liczbę supermarketów realizujących bony żywieniowe. Na podstawie treści odwołania można zatem przyjąć, że w ten sposób zakwestionowane zostało nie tylko przyznanie temu kryterium wagi 30% lecz również samo jego wyodrębnienie z kryterium liczby placówek handlowych realizujących kupony żywieniowe. Natomiast odwołanie nie zawiera żadnego konkretnego odniesienia się do zawartego w między innymi przy opisie kryteriów oceny ofert wymagania aby w 8 miejscowościach podanych w s.i.w.z. bony mogły być realizowane między innymi w co najmniej jednym supermarkecie. Sprecyzowania takiego zarzutu nie stanowi oczywiście sama ogólna formuła żądania, w którym Odwołujący domaga się zmian treści s.i.w.z. w zakresie postanowień pkt 16 rozdziału XIV, rozdziału XVII i załącznika nr 1 dotyczących kryteriów udziału w przetargu oraz wyboru ofert. Z tego względu Izba uznała podniesienie na rozprawie przez Odwołującego, że wymagania zapewnienia realizacji bonów w co najmniej jednym supermarkecie w przypadku miejscowości Pawłowice jest nieuzasadnione, za nowy zarzut, który nie podlega rozpoznaniu w ramach rozstrzyganej sprawy. W istocie zarzut taki zmierza do podważenia elementu opisu przedmiotu zamówienia, choć odwołanie nie zawiera zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 2 pzp to jest dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tymczasem zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż w okolicznościach rozstrzyganej sprawy Odwołujący bezpodstawnie zarzucił Zamawiającemu nieuzasadnione wprowadzenie kryterium oceny ofert premiującego możliwość realizacji bonów w supermarketach. Niewątpliwie już samo odróżnienie tej kategorii placówek od pozostałych placówek handlowych w ramach odrębnego kryterium – stanowi wyraz przedkładania przez Zamawiającego samoobsługowych sklepów o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² nad mniejsze sklepy spożywcze. Dodatkowo Zamawiający przyznał kryterium liczby supermarketów realizujących bony wagę 30%, podczas gdy kryterium liczby placówek handlowych realizującej bony ma wagę 15% (pozostałe 5% przyznano kryterium liczby placówek gastronomicznych). W praktyce oznacza to, że według tych kryteriów

za najkorzystniejszą będzie mogła być uznana oferta, która zapewnia realizację bonów w największej liczbie supermarketów, nawet jeżeli łączna liczba punktów akceptujących bony będzie znacznie niższa niż w innych ofertach. Zdaniem Odwołującego stanowi to naruszenie nie tylko art. 7 ust. 1 pzp ale jest niezgodne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279). Wbrew twierdzeniom odwołania z rozporządzenia tego wynika jedynie, że jeżeli pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, to wtedy musi zapewnić w czasie pracy korzystnie z takich posiłków w punktach gastronomicznych lub przyrządzenie takich posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów (§ 2 ust. 2). Wspomniane rozporządzenie w żaden sposób nie reguluje kwestii wydawania pracownikom znaków legitymacyjnych umożliwiających nabycie produktów spożywczych w celu przygotowania we własnym zakresie posiłków profilaktycznych lub umożliwiających spożycie takich posiłków w punktach gastronomicznych. O ile zatem bez zastrzeżeń można podzielić ogólną tezę, że wydawane przez pracodawcę bony powinny umożliwiać zaspokojenie tych potrzeb w sposób jak najkorzystniejszy dla pracowników, o tyle nie zawsze musi to oznaczać uznanie bezwzględnego priorytetu największej liczby placówek realizujących bony. Po pierwsze – Zamawiający w s.i.w.z. zagwarantował dla pracowników minimum 100 placówek handlowych i gastronomicznych realizujących bony na terenie 7 podanych powiatów, w tym co najmniej 5 placówek handlowych, 1 punkt gastronomiczny i 1 supermarket we wskazanych 8 miejscowościach. Odwołujący nie kwestionował adekwatności tego przedmiotowego wymagania (dotyczącego przedmiotu zamówienia) z punktu widzenia miejsca zamieszkania czy miejsca wykonywania pracy pracowników, którym zostaną wydane bony. Po drugie – jak to dostrzeżono w odwołaniu, Zamawiający ograniczył do tego samego terenu możliwość wykazywania ocenianej w ramach kryteriów liczby punktów akceptujących oferowane bony. Wynika to co najmniej ze sformułowania załączników 3a, 3b i 3c do s.i.w.z. (stanowiących wykazy dotyczące terenu 7 wymienionych z nazwy powiatów), które co do treści mają charakter wiążący dla wykonawców (wynika to z pkt 16 w zw. z pkt 18 rozdziału XIV s.i.w.z.) Bezprzedmiotowy jest zatem zarzut odwołania preferowania wykonawców działających w skali kraju bez uwzględnienia lokalnego charakteru zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Po trzecie – o ile trudno obiektywnie przesądzić o wyższości zwykłego sklepu spożywczego nad supermarketem lub odwrotnie, o tyle w odwołaniu bezpodstawnie zarzucono, że w przypadku tego ostatniego sprzedaż produktów spożywczych stanowi znikomą część działalności. Pomijając nawet potoczne rozumienie terminu *supermarket* jako odnoszącego się do dużego samoobsługowego sklepu oferującego przede wszystkim artykuły spożywcze, istotne jest, że według definicji zawartej w pkt I.4 załącznika nr 1

do s.i.w.z. wymaganą cechą supermarketu jest dostępność szerokiego asortymentu artykułów spożywczych. Odwołujący nie był przy tym konsekwentny, gdyż na rozprawie zaczął podnosić, że dla przygotowania posiłków profilaktycznych wystarczająca jest dostępność podstawowych produktów spożywczych, a zatem nie jest niezbędny szerszy asortyment występujący przeważenie w większych sklepach. W ocenie Izby z wskazania w § 2 ust. 1 rozporządzenia zawartości procentowej węglowodanów, tłuszczów i białek oraz wartości kalorycznej, to jest wartości odżywczej posiłków profilaktycznych, nie wynika stopień ich wyrafinowania, ani tym bardziej wyznaczenie jakiegoś minimalnego zakresu artykułów spożywczych niezbędnych do ich przygotowania.

Przede wszystkim jednak już w odwołaniu dostrzeżono znaczenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które mogą uzasadniać wprowadzanie w s.i.w.z. postanowień ograniczających konkurencję do mniejszego kręgu wykonawców. Odwołujący podnosił na rozprawie utrudnienia jakie napotyka zapewnienie możliwości realizacji bonów żywieniowych w lokalnych supermarketach należących do ogólnopolskich sieci handlowych, z którymi negocjacje są trudne. Wyłącznie w tej płaszczyźnie można zrozumieć stwierdzenia zawarte w odwołaniu o preferowaniu oferentów działających w skali kraju, jako odnoszące się do emitentów znaków legitymacyjnych działających w skali kraju, którym łatwiej jest wynegocjować korzystne warunki z ogólnopolskimi sieciami sklepów. Izba nie ma podstaw aby nie dać wiary Odwołującemu, że z takimi trudnościami – jako mały przedsiębiorca – rzeczywiście ma do czynienia. Nie oznacza to jednak, że interes Odwołującego w ukształtowaniu kryteriów oceny ofert w sposób wyłączający preferowanie realizacji bonów w supermarketach, może przeważać nad uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Izba zważyła, że w rozstrzyganej sprawie Zamawiający udowodnił, że kryteria oceny ofert nie zostały ustalone w celu utrudnienia dostępu do zamówienia określonej kategorii wykonawców lecz są podyktowane konkretnymi zobiektywizowanymi uwarunkowaniami występującymi po stronie Zamawiającego. Na rozprawie zostało przedstawione pismo z 28 września 2012 r. o następującej treści: *W związku z kończącą się umową na dostawę bonów żywieniowych uprawniających do pozyskania produktów w celu przyrządzenia posiłków profilaktycznych informujemy, że członkowie naszych organizacji bardzo wysoko oceniają możliwość realizacji bonów w dotychczasowy sposób, tj. umożliwiającą pozyskanie produktów przede wszystkim w super i hipermarketach. Mając na uwadze liczne prośby załogi wnioskujemy, aby przy opracowaniu wymagań ofertowych uwzględnić możliwość realizacji bonów na dotychczasowych zasadach, ponieważ umożliwia to duży wybór oraz konkurencyjne ceny oferowanych produktów.* Pismo zostało złożone w imieniu następujących 6. organizacji związkowych zrzeszających pracowników, którzy mają być beneficjentami bonów: Zakładowej Organizacji Związkowej NSZZ „Solidarność” KWK

„Borynia” JSW S.A., Związku Zawodowego „Solidarność Pracowników Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą przy KWK Borynia”, Związku Zawodowego Górników JSW S.A. „Borynia”, Organizacji Podstawowej ZZRG w Polsce przy KWK „Borynia-Zofiówka” – Ruch Borynia, Związku Zawodowego Maszynistów Wyciągowych Kopalń w Polsce przy KWK „Borynia” w Jastrzębiu Zdroju i Ponadzakładowej Organizacji Związkowej Związku Zawodowego „Borynia” JSW S.A. KWK „Borynia”. O ile z § 5 przywoływanego rozporządzenia wynika obligatoryjność uzgodnienia ze związkami zawodowymi warunków uzasadniających samo wprowadzenie zastępczej formy realizacji posiłków profilaktycznych, o tyle trudno przecenić znaczenie zdania tych organizacji z punktu widzenia tego, co jest najkorzystniejsze dla pracowników, którzy mają otrzymać znaki legitymacyjne umożliwiające zakup produktów spożywczych służących przygotowaniu takich posiłków we własnym zakresie. Odwołujący bezpodstawnie zarzucił Zamawiającemu, że ustalając kryteria oceny ofert nie kierował się uzasadnionymi potrzebami związanymi z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w toku przygotowania postępowania, na co wskazuje data złożonego pisma, ustalił jakie są potrzeby i oczekiwania pracowników w związku z bonami żywieniowymi i adekwatnie do nich ustalił kryteria oceny ofert. Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, że w ten sposób doszło do przygotowania postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że Odwołującemu będzie trudniej dostosować się do takich kryteriów niż niektórym innym potencjalnym wykonawcom, nie może być samoistną podstawą do skutecznego zakwestionowania uprawnienia Zamawiającego do ukształtowania kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem jego specyficznych potrzeb.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.

Przewodniczący: