

Sygn. akt KIO/UZP 562 /09

WYROK
z dnia 13 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Ewa Jankowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Wanda-Lech" Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia **8 kwietnia 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Wanda-Lech" Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S. A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "Wanda-Lech" Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Wanda-Lech" Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska**.

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

Zamawiający: Kompania Węglowa S.A. 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Bielszowice w okresie 12 miesięcy”. Ogłoszenie ukazało się 26.03. 2009 r. w Dz. Urz. UE Nr 2009/S 59-085189.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwana dalej „Pzp”.

08.04.2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska złożył protest wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedmiotem protestu były następujące postanowienia specyfikacji:

1. Postanowienia przewidziane w: pkt III „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 1 i 2 specyfikacji, we wszystkich punktach „Szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji (punkty od 1 do 10), w punkcie 1 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 1 ust. 1, § 2 ust. 1-4 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji,

którym to postanowieniom protestujący zarzucił, że:

- 1) naruszają przepisy art. 2 pkt 2 i 13 Pzp, ponieważ określają przedmiot zamówienia, który nie jest dostawą, usługą ani robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, przewidują udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot nie może być w rzeczywistości przedmiotem zamówienia publicznego;
- 2) naruszają przepis art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia;
- 3) naruszają przepis art. 29 ust. 2 Pzp, ponieważ opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości obiektywnego porównania oferowanych przez wykonawców towarów, a co za tym idzie, wyłącza całkowicie równą konkurencję pomiędzy wykonawcami;
- 4) naruszają przepisy art. 2 pkt 2 i 13 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ przewidują udzielenie zamówienia skutkującego naruszeniem art. 232 Kodeksu pracy, a co za tym idzie, skutkującego również koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ umowa naruszająca bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pracy będzie nieważna.

2. Postanowienia przewidziane w: pkt XXI „Kryteria oceny oferty” ust. 1, w ust. 1 i 2 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 3 ust. 1, 3, 5-16 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji,

którym to postanowieniom protestujący zarzuca, że:

- 1) naruszają przepis art. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ przewidują pojęcie ceny, które nie mieści się w rozumieniu pojęcia ceny określonego w przepisach Prawa zamówień publicznych;
- 2) naruszają przepis art. 91 ust. 2 Pzp, ponieważ w ogóle nie przewidują oceny ofert według kryterium ceny w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

3. Postanowienie przewidziane w zdaniu drugim pkt VIII „Podwykonawstwo” specyfikacji, zgodnie z którym „Podwykonawstwo nie dotyczy placówek realizujących bony (kupony) żywieniowe.”,

któremu to postanowieniu protestujący zarzuca, że:

- 1) narusza przepisy art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 Pzp, ponieważ w niejednoznaczny sposób opisuje warunki i zakres dopuszczalności wykorzystania podwykonawców do wykonania zamówienia, a tym samym narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu, jak również narusza zasadę jednoznaczności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;
- 2) narusza przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, ponieważ bezprawnie wyłącza stosowanie tych przepisów w zakresie realizacji bonów w placówkach handlowych (gastronomicznych), pomimo że świadczenie polegające na realizacji bonów stanowi część przedmiotu zamówienia;

4. Postanowienia przewidziane w pkt X „Warunki wymagane od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne” ust. 1 lit. b oraz pkt XII „W celu potwierdzenia opisanego w pkt X ust. 1 warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający wymaga następujących dokumentów” ust. 2 specyfikacji,

którym to postanowieniom protestujący zarzuca, że:

- 1) naruszają przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ sieć punktów handlowych (gastronomicznych) nie mieści się w pojęciu potencjału technicznego, o jakim mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie, wadliwe postanowienia specyfikacji przewidują warunek udziału wykonawców w postępowaniu nieokreślony w przepisach art. 22 Pzp, czyli w ogóle niedopuszczalny na gruncie Prawa zamówień publicznych;
- 2) naruszają przepisy art. 25 Pzp oraz wydanego na mocy przepisu art. 25 ust. 2 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), ponieważ w drodze wadliwych postanowień specyfikacji zamawiający żąda od wykonawców dokumentu w postaci "szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych", a co za tym idzie, zamawiający żąda dokumentu nie przewidzianego w zamkniętym katalogu dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców;

5. Postanowienia przewidziane w pkt X „Warunki wymagane od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne” ppkt 1 lit. specyfikacji,

którym to postanowieniom protestujący zarzuca, że:

- 1) naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 Pzp, ponieważ w niejednoznaczny sposób opisują warunki udziału wykonawców w postępowaniu, to jest w żaden sposób nie definiują, co zamawiający rozumie pod pojęciem "dysponowania" siecią

punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, a tym samym naruszają zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu, jak również naruszają zasadę jednoznaczności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;

- 2) naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, ponieważ całkowicie bezpodstawnie i bezzasadnie wprowadzają warunek udziału wykonawcy w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować co najmniej jednym supermarketem lub hipermarketem w Rudzie Śląskiej i w Zabrze, a co za tym idzie, w sposób nieuzasadniony i rażąco ograniczają swobodę konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ich modyfikację, tak aby odpowiadały wymogom regulacji zawartej w Przepisach prawa zamówień publicznych, względnie o:

- 2) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli modyfikacja specyfikacji nie pozwala na usunięcie jej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Uzasadnienie jest właściwie identyczne jak w odwołaniu, dlatego zostało przytoczone tylko w tym miejscu.

16.04. 2009 r. (pismo z 15.04. 2009 r.) zamawiający oddalił protest.

Ad ust. 1: Przedmiotowe bony nie są towarem tylko znakiem legitymacyjnym, na którego podstawie otrzymuje się odpowiednie towary lub usługi dlatego przedmiot zamówienia mieści się w pojęciu dostawa, zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp. Protestujący nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a jedynie stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości „porównania oferowanych [...] towarów”. Ze względu na specyfikę pracy górników oraz względy higieniczno-sanitarne wyłączają możliwość dostarczenia posiłków profilaktycznych na stanowisko pracy podczas pracy, dlatego pracodawca może zapewnić przyrządzenie posiłków przez pracowników we własnym zakresie, zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Rady ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279). Nie jest to naruszeniem art. 232 Kodeksu pracy ani innych przepisów wspomnianego rozporządzenia.

Art. 232. Pracodawca jest obowiązany zapewnić pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych, nieodpłatnie, odpowiednie posiłki i napoje, jeżeli jest to niezbędne ze względów profilaktycznych. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje tych posiłków i napojów oraz wymagania, jakie powinny spełniać, a także przypadki i warunki ich wydawania.

§ 2. 1. Posiłki powinny zawierać około 50-55% węglowodanów, 30-35% tłuszczów, 15% białek oraz posiadać wartość kaloryczną około 1000 kcal.

2. Jeżeli pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, może zapewnić w czasie pracy:

- 1) korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych,*
- 2) przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów.*

Ad 2. Zgodnie z opinią zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z treścią art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Treść art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wyłącza stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przy zakupie bonów. Ustawodawca w art. 2 pkt 5 Pzp wskazał na dwa sposoby oceny ofert: pierwszy odnosi się do wyboru oferty z najniższą ceną, drugi do wyboru oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Przepis art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ogranicza możliwość sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty. W wypadku dostawy bonów można więc zastosować wyłącznie kryterium ceny przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Inaczej zamawiający musiałby liczyć się z koniecznością unieważnienia postępowania, z uwagi na wpłynięcie identycznych pod względem cenowym ofert. Żądanie w tym wypadku przez zamawiającego, na podstawie art. 91 ust. 5 Pzp złożenia ofert dodatkowych byłoby bezprzedmiotowe, skoro wykonawcy nie mogą przedstawić innej ceny ofertowej. Postępowanie takie musiałoby zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów nie jest właściwe zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Ze względu na konieczność wyboru jednej oferty zamawiający organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia także inne niż cena kryterium jakim będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zastosowane kryterium musi mieć charakter przedmiotowy (art. 91 ust. 3 Pzp) i powinno odnosić się do tych elementów, które mogą różnicować poszczególne oferty. Określenie kryteriów oceny ofert jest uprawnieniem zamawiającego i ma charakter indywidualny, dlatego jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z przywołaną opinią UZP) jest liczba punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, w których

można będzie realizować bony żywieniowe (vide: wyrok z dnia 3 kwietnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 368/09).

Ad 3. W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest legalnej definicji podwykonawcy. W myśl art. 356 Kodeksu cywilnego wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo właściwości świadczenia. Istotą udzielenia zamówienia publicznego jest wykonanie zamówienia własnymi siłami. Korzystanie przy wykonaniu zamówienia z pomocy podwykonawców jest odstępstwem od zasady, uzasadnionym szczególnymi względami. Za podwykonawcę należy uznać podmiot, któremu wykonawca będzie powierzał (zlecał) wykonanie określonej dostawy, czy usługi (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r. KIO/UZP/ 66/07, wyrok KIO z dnia 19 marca 2008 r. KIO/UZP 202/08). Nazwa postępowania wyraźnie wskazuje, iż przedmiotem postępowania jest dostawa bonów żywieniowych (...) oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych. Podwykonawstwo w przedmiotowym postępowaniu nie dotyczy więc placówek realizujących bony (kupony) żywieniowe. Udział podwykonawców w przedmiotowym postępowaniu według zamawiającego może dotyczyć jedynie m.in. druku bonów, ich transportu do zamawiającego, zabezpieczenia bonów przed sfałszowaniem.

Ad 4. Zarzuty zawarte w ust. 4 protestu zamawiający uznaje za bezzasadne. Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko takich wykonawców, którzy będą w stanie zrealizować dane zamówienie. Stawianie kryteriów podmiotowych służyć ma zamawiającemu przede wszystkim w wyłonieniu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) wskazuje, jakich dokumentów może żądać zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu objętym ustawą Prawo zamówień publicznych, a wskazanych w art. 22 ust. 1 i 2. Również na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający sektorowy (a takim jest Kompania Węglowa S.A.) może „żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust. 2 Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków”. Zamawiający opierając się również na przywołanej opinii Urzędu Zamówień Publicznych zażądał na potwierdzenie określonego

w pkt X ust. 1 lit. b specyfikacji warunku, wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zgodnie z pkt XII ust. 2 specyfikacji.

Ad 5. Ustawodawca wprowadził słowo „dysponuje” do ustawy – Prawo zamówień publicznych, cyt. „Zarówno bowiem kategoria >>posiadania<< jak i >>dysponowania<< nie wymaga, aby zamawiający był właścicielem środków technicznych niezbędnych do udzielenia zamówienia. (...) zmiana ta ma znaczenie o tyle, że wykonawca aby złożyć prawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, nie musi być fizycznie w posiadaniu tych środków w momencie składania oświadczenia. Wystarczy, że w sytuacji, gdy takich środków nie posiada, zawarł stosowne porozumienia, na podstawie których będzie dysponował stosownymi środkami technicznymi w dacie wykonania zamówienia.” w „Prawo zamówień publicznych, Komentarz” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego; Wydanie trzecie; Urząd Zamówień Publicznych; Warszawa 2007, str. 128). Zacytowany fragment komentarza można zastosować na zasadzie analogii do punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych.

Ponadto zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom (dotyczy dysponowania jednym hipermarketem lub jednym supermarketem na terenie miasta Ruda Śląska i Zabrze). Wszystkie wymogi zostały określone przez zamawiającego w taki sposób, iż nie naruszają podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych.

W zakresie żądania przez protestującego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający oddala żądanie strony jako bezzasadne, gdyż nie zachodzi żadna okoliczność uzasadniająca powyższe żądanie w oparciu o art. 93 Pzp.

24.04. 2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” złożył odwołanie.

Przedmiotem odwołania są następujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. Postanowienia przewidziane w: punkcie III. podpunkt 1 i 2 specyfikacji, we wszystkich punktach „Szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji (punkty od 1 do 10), w punkcie 1 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 1 ust. 1, § 2 ust. 1-4 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji,

którym to postanowieniom odwołujący zarzucił, że:

- 1) naruszają przepisy art. 2 pkt 2 i 13 Pzp, ponieważ określają przedmiot zamówienia, który nie jest dostawą, usługą ani robotami budowlanymi w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, a co za tym idzie, przewidują udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot nie może być w rzeczywistości przedmiotem zamówienia publicznego;
- 2) naruszają przepis art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia;
- 3) naruszają przepis art. 29 ust. 2 Pzp, ponieważ opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości obiektywnego porównania oferowanych przez wykonawców towarów, a co za tym idzie, wyłącza całkowicie równą konkurencję pomiędzy wykonawcami;
- 4) naruszają przepisy art. 2 pkt 2 i 13 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ przewidują udzielenie zamówienia skutkującego naruszeniem art. 232 Kodeksu pracy, a co za tym idzie, skutkującego również koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ umowa naruszająca bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pracy będzie nieważna.

2. Postanowienia przewidziane w punkcie XXI podpunkt 1, w punkcie 1 i 2 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 3 ust. 1, 3, 5-16 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji,

którym to postanowieniom odwołujący zarzuca, że:

- 1) naruszają przepis art. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ przewidują pojęcie ceny, które nie mieści się w rozumieniu pojęcia ceny określonego w przepisach Prawa zamówień publicznych;
- 2) naruszają przepis art. 91 ust. 2 Pzp, ponieważ w ogóle nie przewidują oceny ofert według kryterium ceny w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

3. Postanowienie przewidziane w zdaniu drugim punktu VIII specyfikacji, zgodnie z którym „Podwykonawstwo nie dotyczy placówek realizujących bony (kupony) żywieniowe.”, któremu to postanowieniu odwołujący zarzuca, że:

- 1) narusza przepisy art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 Pzp, ponieważ w niejednoznaczny sposób opisuje warunki i zakres dopuszczalności wykorzystania podwykonawców do wykonania zamówienia, a tym samym narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu, jak również narusza zasadę jednoznaczności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;
- 2) narusza przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, ponieważ bezprawnie wyłącza stosowanie tych przepisów w zakresie realizacji bonów w placówkach handlowych (gastronomicznych), pomimo że świadczenie polegające na realizacji bonów stanowi część przedmiotu zamówienia;

4. Postanowienia przewidziane w podpunkcie 1 lit. b punktu X oraz w podpunkcie 2 punktu XII specyfikacji, którym to postanowieniom odwołujący zarzuca, że:

- 1) naruszają przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ sieć punktów handlowych (gastronomicznych) nie mieści się w pojęciu potencjału technicznego, o jakim mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie, wadliwe postanowienia specyfikacji przewidują warunek udziału wykonawców w postępowaniu nieokreślony w przepisach art. 22 Pzp, czyli w ogóle niedopuszczalny na gruncie Prawa zamówień publicznych;
- 2) naruszają przepisy art. 25 Pzp oraz wydanego na mocy przepisu art. 25 ust. 2 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ponieważ w drodze wadliwych postanowień specyfikacji zamawiający żąda od wykonawców dokumentu w postaci "szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych", a co za tym idzie, zamawiający żąda dokumentu nie przewidzianego w zamkniętym katalogu dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców;

5. Postanowienia przewidziane w podpunkcie b punktu X specyfikacji, którym to postanowieniom odwołujący zarzuca, że:

naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, ponieważ całkowicie bezpodstawnie i bezzasadnie wprowadzają warunek udziału wykonawcy w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować co najmniej jednym supermarketem lub hipermarketem w Rudzie Śląskiej i w Zabrze, a co za tym idzie, w sposób nieuzasadniony i rażąco ograniczają swobodę konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców;

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie zamawiającemu, aby uchylił zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub tak je zmodyfikował, aby odpowiadały wymogom regulacji zawartej w Przepisach prawa zamówień publicznych;
- 2) nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli modyfikacja specyfikacji nie pozwala na usunięcie jej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

1. W zaskarżonych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie, że jest tym przedmiotem dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach)

handlowych i gastronomicznych. Takie określenie przedmiotu zamówienia publicznego w ocenie odwołującego nie pozwala na przyjęcie, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, usługa lub roboty budowlane w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Rzecz w tym, że w istocie zamawiający oczekuje od wykonawców, że dostarczą oni nie konkretny i należycie opisany towar, lecz jedynie pewien rodzaj dokumentu, na podstawie którego dopiero będzie możliwe otrzymanie bliżej nieokreślonego towaru. Tymczasem dostawa w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych polega na dostarczeniu konkretnych towarów, a nie jedynie jakichś dokumentów, które dopiero będą podstawą do otrzymania towaru, którego tak naprawdę w chwili udzielania zamówienia nie znamy. Przedmiotem dostawy zatem nie mogą być żadne bony żywieniowe, lecz jedynie posiłki profilaktyczne dla pracowników. W dalszej konsekwencji należy zwrócić uwagę, że zastosowanie w realizacji zamówienia bonów żywieniowych, przy spełnieniu pewnych warunków, może mieć miejsce, ale tylko jako forma realizacji dostawy, a nie jej przedmiot. Tymczasem zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że w istocie przedmiotem zamówienia uczynił nie dostawę posiłków profilaktycznych dla pracowników, lecz dostawę pewnego rodzaju dokumentów nazwanych bonami żywieniowymi, które same w sobie nie mogą być uznane za towar w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych.

Odwołujący podkreśla, że treść załącznika nr 1 do specyfikacji, zawierającego Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia, sam w sobie nie przesądza o tym, co rzeczywiście jest przedmiotem zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. O tym, w jaki sposób zamawiający oznaczył i opisał przedmiot zamówienia, decyduje całość postanowień specyfikacji, a w szczególności znaczenie niezwykle istotne mają dwa założenia kształtujące konstrukcję procedury przetargowej:

1) Po pierwsze, zgodnie z treścią postanowień specyfikacji, w tym przede wszystkim stosownie do treści postanowień umowy o udzielenie zamówienia, dostarczane przez wykonawcę bony żywieniowe mają dawać jedynie możliwość ich wymiany na posiłki profilaktyczne. Bony te mogą być jednakże wymienione w toku realizacji zamówienia także na każdy inny towar oferowany przez wykonawcę i to pracownicy zamawiającego będą decydować samodzielnie, na jakie towary faktycznie bony wymienią. Prowadzi to do sytuacji, w której na etapie udzielania zamówienia zamawiający tak naprawdę w ogóle nie wie, na jakie konkretnie towary bony żywieniowe zostaną faktycznie wymienione. Oznacza to jednak, że przedmiotem tego zamówienia wcale nie są konkretne towary opisane w załączniku nr do specyfikacji, lecz same bony żywieniowe dające możliwość otrzymania różnego rodzaju towarów, niekoniecznie opisanych w załączniku nr 1 do specyfikacji.

2) Po drugie, dla ustalenia przedmiotu zamówienia w tym wypadku decydujące znaczenie ma zastosowana przez zamawiającego "cena" jako kryterium oceny ofert. "Cena" ta według zamawiającego musi odpowiadać zawsze wartości nominalnej dostarczanych

bonów żywnościowych, a to w praktyce oznacza, że przedmiotem zamówienia są właśnie bony żywnościowe, a nie towary, które można za nie otrzymać. Gdyby było inaczej, to przecież wykonawcy mogliby oferować różne ceny za te same towary, a tymczasem muszą oferować dokładnie takie same "ceny". Warto również zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający zawarł stwierdzenia odnoszące się do oznaczenia przedmiotu zamówienia, które wzajemnie sobie przeczą. Z jednej strony zamawiający twierdzi, że bony żywnościowe są jedynie znakiem legitymacyjnym nie będącym przedmiotem zamówienia, natomiast w dalszej części uzasadnienia, celem odparcia zarzutu o braku możliwości porównania oferowanych przez wykonawców towarów, zamawiający twierdzi, że przedmiotem zamówienia jest "dostawa bonów żywnościowych", a nie oferowane przez wykonawców towary.

Nawet jeśli uznać, że zamawiający określił przedmiot zamówienia w taki sposób, że możemy go co do zasady uznać za dostawę w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, to i tak opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 ust. Pzp, ponieważ jest niewątpliwie niejednoznaczny i niepełny. Wyżej wykazano już, że przedmiotem zamówienia w tym wypadku mogą być jedynie towary w postaci posiłków profilaktycznych dla pracowników, a nie same bony żywnościowe, mogące stanowić jedynie pewien sposób wykonania dostawy. Jeśli jednak przedmiotem zamówienia są posiłki profilaktyczne, to zamawiający powinien w sposób jednoznaczny i pełny opisać, jakie posiłki zamawia. Tymczasem postanowienia specyfikacji w ogóle nie zawierają w tym zakresie żadnych wymogów co do rodzaju posiłków, składników żywnościowych, jakości tych składników itd. Oznacza to w rezultacie, że zamawiający w ogóle nie wie, jakie posiłki otrzyma w wyniku realizacji zamówienia. Innymi słowy, w świetle postanowień specyfikacji dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawcy złożą oferty na realizację zamówienia na dostawę posiłków, tyle tylko że w ogóle nie wiadomo, jakie te posiłki mają być. Zarzut niejednoznaczności i niepełności opisu przedmiotu zamówienia w tych okolicznościach jest w pełni zasadny.

Dalej odwołujący zwraca uwagę, że brak pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia skutkuje także niemożliwością obiektywnej oceny i porównania ofert. Przecież zamawiający nie będzie wiedział, jakie posiłki oferują poszczególni wykonawcy, a co za tym idzie, nie będzie mógł w tym zakresie ocenić, czy oferta spełnia wymagania co do przedmiotu zamówienia, ani nie będzie mógł porównać składanych ofert. Dość oczywistym jest, że taki opis przedmiotu zamówienia nie tylko utrudnia, lecz wręcz wyklucza uczciwą konkurencję między wykonawcami.

Celem udzielenia zamówienia jest w tym wypadku wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązków, jakie nakłada na niego – jako na pracodawcę – przepis art. 232 Kodeksu pracy. Niemniej opis przedmiotu zamówienia, przewidujący jedynie opis wymagań co do dostarczanych bonów żywnościowych, nie daje żadnych możliwości wywiązania się przez

zamawiającego z obowiązków przewidzianych przepisem art. 232 Kodeksu pracy. Wydanie pracownikowi bonu żywieniowego nie jest przecież tym samym co zapewnienie mu posiłku profilaktycznego. Nie wiadomo zupełnie, na jakie produkty żywnościowe bon zostanie wymieniony, a co za tym idzie, prowadzi to do sytuacji, w której bon może być wymieniony także na produkty żywnościowe w ogóle nie będące posiłkami profilaktycznymi. W rezultacie umowa o udzielenie zamówienia będzie prowadziła do naruszenia przepisów prawa pracy, jako taka będzie oczywiście bezwzględnie nieważna, a przecież postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, należy unieważnić.

2. Przewidziane w specyfikacji pojęcie ceny w ogóle nie mieści się w pojęciu ceny określonym w przepisach Prawa zamówień publicznych. Cena musi być rozumiana jako świadczenie pieniężne za konkretne towary. Tymczasem w zaskarżonych postanowieniach specyfikacji przewidziano cenę wyłącznie jako wartość nominalną bonów żywieniowych, które, jak już wyżej wykazano, w ogóle nie mogą być uznane za przedmiot zamówienia publicznego.

Najpoważniejszym zarzutem jest jednak to, że tak naprawdę w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ogóle nie przewidziano ceny jako kryterium oceny ofert. Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający ma pełną świadomość niedopuszczalności oferowania dostaw bonów żywieniowych po "cenie" odbiegającej w jakikolwiek sposób od wartości nominalnej takich bonów. Zamawiający potwierdził to jednoznacznie wprowadzając do treści postanowień punktu XXI podpunktspecyfikacji zapisów, zgodnie z którym znana jest zamawiającemu opinia Urzędu Zamówień Publicznych wykluczająca oferowanie bonów poniżej lub powyżej ich wartości nominalnej -jako stanowiące utrudnienie dostępu do rynku, czyli czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający sam zatem tak skonstruował kryterium "ceny" wykluczające możliwość składania ofert zawierających „ceny” różniące się od siebie. Prowadzi to do takiego efektu, że każdy wykonawca musi złożyć ofertę z dokładnie taką samą "ceną" ponieważ w przeciwnym wypadku jego oferta będzie odrzucona jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji. Niemniej taki mechanizm w sposób wyraźny potwierdza zarzut, że zamawiający w ogóle nie przewidział w specyfikacji kryterium ceny w takim rozumieniu, w jakim przepisy Prawa zamówień publicznych nakazują rozumieć cenę. Postanowienia specyfikacji zatem w ogóle nie zawierają wśród kryteriów oceny ofert kryterium ceny, a co za tym idzie, naruszają w sposób rażący przepis art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, przy czym naruszenie to nie może być usunięte przez zamawiającego w drodze modyfikacji specyfikacji, lecz prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania.

Zasadność zarzutu, zgodnie z którym w specyfikacji w ogóle nie przewidziano kryterium ceny, obrazuje przykład sytuacji mającej miejsce, gdyby jednak wykonawcy zdecydowali się

złożyć oferty, w których "ceny" za bony byłyby różne od ich ceny nominalnej. W takiej sytuacji pozornie mielibyśmy do czynienia z ofertami o różnych "cenach". Niemniej w dalszym ciągu nie znamy ani asortymentu towarów, które można nabyć za oferowane bony, ani faktycznych cen jednostkowych tych towarów. Przetarg może śmiało wygrać wykonawca, który oferuje bony po "cenie" stanowiącej np. 1/10 ich wartości nominalnej, ale u którego placówki handlowe (gastronomiczne) wymieniają bony na towary, których ceny jednostkowe są dziesięciokrotnie wyższe niż u innych wykonawców. Oczywistym jest dla każdego, że taka sytuacja pozwala wygrać przetarg wykonawcy, który tak: naprawdę wykona zamówienie za taką cenę, jaką sam podyktuje po zawarciu umowy. Stanowi to jednoznaczny dowód na fakt, że w specyfikacji w ogóle nie przewidziano kryterium ceny, lecz konstrukcję, która jedynie pozoruje zastosowanie takiego kryterium.

Podkreślenia wymaga fakt, że w punkcie drugim uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu zamawiający oddalił zarzut odnoszący się do braku kryterium ceny, niemniej w ogóle nie odniósł się do istoty tego zarzutu. Według zamawiającego wystarczającym jest w tym wypadku zastosowanie dwóch kryteriów oceny ofert, to jest kryterium "ceny" oraz kryterium przedmiotowego, jakim jest liczba punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, w których będzie można realizować bony żywieniowe. Tego rodzaju stwierdzenie nie wnosi jednakże niczego w kwestii postawionego zarzutu, zgodnie z którym według odwołującego w specyfikacji w ogóle nie przewidziano kryterium ceny w takim rozumieniu, jaki wynika z przepisów o zamówieniach publicznych. Odwołujący wcale nie kwestionuje dopuszczalności, a nawet konieczności zastosowania więcej niż jednego kryterium oceny ofert. Odwołujący twierdzi natomiast, że zawsze, w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednym z kryteriów oceny ofert musi być kryterium ceny. Tymczasem zamawiający, wbrew nie odpowiadającemu prawdzie stanowisku przedstawionym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, w ogóle nie stosuje żadnego kryterium ceny, a użyte w specyfikacji określenia "cena" pozorują jedynie zastosowanie tego kryterium. Absurdalnym jest twierdzenie zamawiającego, że będzie oceniał złożone oferty według kryterium zaoferowanej ceny, jeśli konstrukcja kryteriów oceny ofert zawarta w specyfikacji z góry wyklucza składania ofert o różniących się cenach i wszystkie oferty tak naprawdę muszą zawierać taką samą "cenę". Ocena ofert według takiego pozornego kryterium jest przecież w ogóle niemożliwa, ponieważ oferty nie mogą się w zakresie takiego kryterium w ogóle różnić. Przy tym trzeba podkreślić, że zastosowanie drugiego, obok "ceny", kryterium oceny ofert wcale nie zwalnia zamawiającego z obowiązku, aby to pierwsze kryterium cenowe miało rzeczywisty, a nie jedynie pozorny charakter.

3. W zdaniu drugim punktu VIII specyfikacji zawarto postanowienie, zgodnie z którym Podwykonawstwo nie dotyczy placówek realizujących bony (kupony) żywieniowe." Tego rodzaju postanowienie jest, po pierwsze, kompletnie niejasne, niezrozumiałe

niejednoznaczne, a po drugie, w sposób oczywisty narusza przepisy Pzp regulujące wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców,

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że użyte przez zamawiającego sformułowanie może być rozumiane co najmniej na dwa sposoby:

- 1) zgodnie z pierwszym sposobem rozumienia tego postanowienia, zamawiający, stosownie do treści przepisu art. 36 ust. 5 Pzp, zastrzega, że część zamówienia polegająca na realizacji bonów w punktach handlowych (gastronomicznych) nie może być powierzona podwykonawcom, jeśli tak rozumieć zaskarżone postanowienie, to wykonawca musi mieć własne punkty handlowe (gastronomiczne) i tylko przy pomocy takich własnych punktów realizować zamówienie;
- 2) zgodnie z drugim sposobem rozumienia tego postanowienia, zamawiający wyłącza zastosowanie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 36 ust. 4 i 5 Pzp w zakresie części zamówienia, która polega na realizacji bonów w placówkach handlowych (gastronomicznych), jeśli tak rozumieć zaskarżone postanowienie, to należy zwrócić uwagę, że wyłączenie zastosowania wskazanych przepisów Pzp przez zamawiającego jest bezprawne, ponieważ przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący i zamawiający w ogóle nie ma swobody w zakresie decyzji o ich stosowaniu lub nie – po prostu musi je stosować.

W punkcie trzecim uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu zamawiający potwierdził, że kwestionowane postanowienie rozumie zgodnie z drugim wariantem, wyżej przedstawionym pod literą b). Według zamawiającego przedmiotem zamówienia objęta jest jedynie dostawa samych bonów oraz pośrednictwo w ich realizacji, natomiast nie należy do tego przedmiotu sama realizacja bonów. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że w ten sposób zamawiający wyraźnie potwierdził zasadność wcześniejszego zarzutu odwołującego, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia wcale nie jest dostawa towarów, na które można wymienić bony żywniowe, lecz przedmiotem są same bony żywniowe. Wszak jeśli przedmiotem zamówienia miałyby być dostawy towarów, na które można wymienić bony, to również i realizacja tych bonów musiałaby podlegać ocenie w kontekście jej wykonania bezpośrednio przez wykonawcę lub przez podwykonawców. Tymczasem zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że w zakresie realizacji bonów regulacja przepisów Pzp o podwykonawcach nie ma zastosowania, ponieważ realizacja bonów nie należy do przedmiotu zamówienia. Niemniej nieprawdziwe jest również i to twierdzenie zamawiającego, zgodnie z którym realizacja bonów nie jest przedmiotem zamówienia. Rzecz w tym, że nabywając bony żywniowe po ich wartości nominalnej zamawiający będzie płacił nie tylko za sam znak legitymacyjny, ale w wartości tego znaku w rzeczywistości mieści się również wartość towarów, które będą wymieniane za ten znak. Gdyby zamawiający nie zamawiał towarów podlegających wymianie za bony żywniowe, to przecież nie płaciłby za

nie, a przecież płacąc za te bony automatycznie płaci właśnie za towary, na które bony zostaną wymienione.

4. Zamawiający wprowadził szczegółowe wymagania w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz na dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Według wykonawcy o zamówienie ubiegać się może tylko taki wykonawca, który "dysponuje" określoną siecią punktów handlowych i gastronomicznych. Dysponowanie siecią punktów handlowych i gastronomicznych w kontekście brzmienia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp może być uznane jedynie za dokonaną przez zamawiającego konkretyzację warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym. Niemniej należy zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią przepisów art. 25 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie dokumentów określonych wyraźnie w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie przepisu art. 25 ust. 2 Pzp. Tymczasem w tym rozporządzeniu wykonawczym na potrzeby potwierdzenia spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym przewidziano wyłącznie dokument w postaci wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Punkty handlowe i gastronomiczne nie są jednak narzędziami ani urządzeniami technicznymi. Z tego względu należy uznać, że zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentu w postaci wykazu punktów handlowych i gastronomicznych, a nadto, że warunek posiadania sieci takich punktów, w ogóle jest niedopuszczalny. W dalszej konsekwencji niedopuszczalne jest także stosowanie kryterium oceny ofert odnoszące się do liczby posiadanych przez wykonawcę punktów handlowych i gastronomicznych. .

5. Zamawiający wprowadził szczegółowe wymagania w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz na dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Według wykonawcy o zamówienie ubiegać się może tylko taki wykonawca, który dysponuje określoną siecią punktów handlowych i gastronomicznych. Jednocześnie zamawiający w ogóle nie określił, co rozumie pod pojęciem "dysponowania" przez wykonawcę punktami handlowymi i gastronomicznymi. Rozumienia tego określenia mogą być co najmniej dwa. Po pierwsze, można przyjąć, że chodzi tylko o punkty handlowe i gastronomiczne stanowiące własność wykonawcy. Po drugie, można przyjąć, że chodzi także o takie punkty handlowe i gastronomiczne, z których wykonawca może korzystać na podstawie odpowiedniej umowy cywilnoprawnej zawartej z właścicielem tych punktów. Brak precyzyjnego określenia znaczenia tego pojęcia sam w sobie stanowi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie daje możliwości wykonawcom zorientowania się co do tego, czy rzeczywiście są w stanie spełnić

warunki udziału w postępowaniu. Niemniej, nawet jeśli przyjąć to drugie, szerokie rozumienie pojęcia "dysponowania" punktami handlowymi i gastronomicznymi, to podkreślić trzeba, że w takim wypadku część zamówienia polegająca na realizacji bonów mogłaby być wykonywana przy pomocy podwykonawców, którymi będą faktyczni właściciele punktów handlowych i gastronomicznych.

Zamawiający bez żadnego uzasadnienia wprowadził warunek udziału wykonawcy w postępowaniu, zgodnie z którym musi on dysponować co najmniej jednym supermarketem lub jednym hipermarketem w Rudzie Śląskiej i w Zabrzu. Warunek ten w sposób oczywisty i skrajnie rażąco ogranicza konkurencję, ponieważ bezpośrednio ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie dysponują sklepami wielkopowierzchniowymi. W praktyce prowadzi to do sytuacji, w której ubiegać się o udzielenie zamówienia mogą wyłącznie wykonawcy prowadzący supermarkety lub hipermarkety. Z całą mocą należy podkreślić, że takie rażące i drastyczne ograniczenie konkurencji nie ma żadnego uzasadnienia ani organizacyjnego, ani ekonomicznego, ani żadnego innego. Przecież posiłki profilaktyczne równie dobrze mogą być i przecież od dawna są realizowane w punktach, które nie mają nic wspólnego z supermarketami i hipermarketami. W ocenie skarżącego wprowadzenie tego warunku przez zamawiającego świadczy o jego wyjątkowo złej woli zmierzającej tak naprawdę do takiego ograniczenia konkurencji, aby zamówienie mogło być uzyskane tylko przez jednego, konkretnego wykonawcę.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że w punkcie 5 uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu zamawiający powołał się na prawo do określenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, czego dotyczy warunek dysponowania 1 hipermarketem lub 1 supermarketem na terenie miasta Ruda Śląska i Zabrze. Jednocześnie zamawiający w ogóle nie określił, jakie to są te jego indywidualne potrzeby, które uzasadniają stawianie warunku dysponowania sklepami wielkopowierzchniowymi. Przecież jest oczywistym, że samo zastosowanie tego warunku prowadzi w sposób drastyczny do ograniczenia konkurencji, a na gruncie prawa zamówień publicznych zasada równej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) ma naczelną znaczenie i może być przełamana tylko w wyjątkowych sytuacjach, gdy ważne i faktycznie uzasadnione potrzeby zamawiający tego wymagają. Zatem w tym konkretnym wypadku to zamawiający winien wykazać, jakie konkretnie jego potrzeby uzasadniają stawianie warunku dysponowania przez wykonawców sklepami wielkopowierzchniowymi, a przede wszystkim powinien wykazać, że wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu innych sklepów rzeczywiście nie zaspokaja jego uzasadnionych potrzeb. Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania tych okoliczności, co w oczywisty sposób go obciąża i rodzi podejrzenie, że warunek dysponowania sklepami wielkopowierzchniowymi

został wprowadzony wyłącznie w celu ograniczenia konkurencji, co w sposób rażąco narusza przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący posiada oczywisty interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który to interes został przez zamawiającego naruszony przez wadliwe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyżej opisane i wyjaśnione wady postanowień specyfikacji naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych, a co za tym idzie, procedura udzielenia zamówienia uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o zamówienie w sposób zgodny z prawem oraz gwarantujący mu zachowanie uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania, wyjaśnień odwołującego i zamawiającego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp., bez względu na stanowisko zamawiającego, który podkreśla, że odwołujący w terminie składania ofert złożył ofertę i w pkt 7 lit. a formularza ofertowego, odwołujący zawarł stwierdzenie, że akceptuje bez zastrzeżeń postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby takie oświadczenie odwołującego obowiązuje w stosunku do złożonej oferty. Odwołujący, składając ofertę, wykorzystał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu. Mimo to odwołujący ma interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego, jego oferta może być sporządzona w sposób bardziej konkurencyjny. Natomiast jeżeli zastosowane przez odwołującego środki ochrony prawnej zostaną rozstrzygnięte negatywnie, to jego oferta będzie brała udział w wyborze najkorzystniejszej oferty i tym samym odwołujący ma możliwość, że jego oferta zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut pierwszy nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut ten dotyczył naruszenia przepisów art. 2 pkt 2 i 13, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 2 pkt 2 i 13 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż – zdaniem odwołującego – w punkcie III. podpunkt 1 i 2 specyfikacji, we wszystkich punktach „Szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji (punkty od 1 do 10), w punkcie 1 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 1 ust. 1, § 2 ust. 1-4 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji zamawiający

określił przedmiot zamówienia, który nie jest ani dostawą, ani robotą budowlaną, ani usługą. Ponadto odwołujący zarzucił, że wyżej przytoczone postanowienia specyfikacji nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia i opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości obiektywnego porównania oferowanych przez wykonawców towarów, a co za tym idzie, wyłącza całkowicie równą konkurencję między wykonawcami. I wreszcie – zdaniem odwołującego – ze względu na naruszenie art. 232 Kodeksu pracy, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ umowa naruszająca bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pracy będzie nieważna.

Po analizie dokumentacji, a zwłaszcza specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywnościowych. Przedmiot ten funkcjonuje w wielu postępowaniach. Również reguły udzielania zamówień publicznych na tego typu dostawy zostały omówione w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych – adres internetowy: <http://www.uzp.gov.pl/zaqadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/stosowanie-prawa-zamowien-publicznych-przy-zakupie-bonow-towarowych> .

Przedmiotowe bony nie są towarem tylko znakiem legitymacyjnym, na którego podstawie posiadacz otrzymuje odpowiednie towary dlatego przedmiot zamówienia mieści się w pojęciu dostawa, zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp.

Ponadto odwołujący nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a jedynie stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości „porównania oferowanych [...] towarów”.

Skład orzekający Izby podkreśla, że przedmiotem zamówienia są bony i niesiona w nich wartość nabywcza, za którą posiadacze będą mogli nabywać artykuły potrzebne do przyrządzania posiłków we własnym zakresie. Dlatego przedmiot zamówienia został właściwie określony przez zamawiającego. Wszyscy wykonawcy mogą sporządzić, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i całej treści specyfikacji właściwe oferty, które zamawiający będzie mógł obiektywnie porównać i ocenić na zasadach całkowicie równej konkurencji między wykonawcami.

Ze względu na specyfikę pracy górników orasz względy higieniczno-sanitarne zamawiający nie ma możliwości dostarczenia posiłków profilaktycznych na stanowisko pracy podczas pracy. Dlatego zamawiający twierdzi, że pracodawca może zapewnić przyrządzanie posiłków przez pracowników we własnym zakresie, zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Rady ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279). Jednak od tego czy zostają naruszone przepisy prawa pracy są powołane inne organy państwa, a zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej jest ograniczony, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, do rozpoznawania spraw w zakresie naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut pierwszy nie zasługuje na uwzględnienie.

W granicach zarzutu drugiego – dotyczącego zarzutów naruszenia przepisów art. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ zamawiający przewiduje pojęcie ceny, które nie mieści się w rozumieniu pojęcia ceny określonego w tym przepisie i art. 91 ust. 2 Pzp, ponieważ nie przewidują oceny ofert według kryterium ceny w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych – skład orzekający Izby nie przychyliła się do zarzutu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że na podstawie przytoczonej opinii Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z treścią art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji.

Jednak zamawiający nabywając bony jest obowiązany stosować się do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, że w praktyce zamawiający spotka się z takimi samymi cenami ofertowymi musi wziąć pod uwagę drugi sposób oceny ofert wskazany w art. 2 pkt 5 Pzp. Pierwszy sposób wskazuje na wybór oferty z najniższą ceną, drugi sposób dopuszcza do wyboru oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zamawiający, zgodnie ze swoimi potrzebami może określić kryteria wyboru odnoszące się do przedmiotu zamówienia. I ocena ofert w pozostałych kryteriach (poza ceną) może wskazać na najkorzystniejszą ofertę. Jest to zgodne z przytaczanym przepisem art. 2 pkt 5 Pzp. Jednak należy podkreślić, że kryterium musi mieć charakter przedmiotowy (art. 91 ust. 3 Pzp) i powinno odnosić się do tych elementów, które mogą różnicować poszczególne oferty. Określenie kryteriów oceny ofert jest uprawnieniem zamawiającego i ma charakter indywidualny, dlatego jednym z kryteriów oceny ofert w rozpoznawanym postępowaniu jest liczba punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych i jest to zgodne z przytoczonymi przepisami. Podobnie wyrok z dnia 3 kwietnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 368/09), cyt. „Kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. W tym względzie przyznać należy rację Zamawiającemu, iż uprawniony on jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalenia kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu

widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu. W przedmiotowym postępowaniu, kryteria oceny ofert mają na celu wyłonienie wykonawcy, który poda w swojej ofercie jak największą ilość placówek handlowych i gastronomicznych. Spowoduje to swobodny wybór placówek handlowych i gastronomicznych, w których pracownicy Zamawiającego będą mogli realizować bony żywieniowe (kupon profilaktyczne).”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut drugi nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu trzeciego – naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 Pzp, ponieważ zamawiający w niejednoznaczny sposób opisuje warunki i zakres dopuszczalności wykorzystania podwykonawców do wykonania zamówienia, a tym samym narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak również narusza regułę jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, ponieważ bezprawnie wyłącza stosowanie tych przepisów w zakresie realizacji bonów w placówkach handlowych (gastronomicznych), pomimo że świadczenie polegające na realizacji bonów stanowi część przedmiotu zamówienia – skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający jest obowiązany, zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp, do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, chyba, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji, że całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. W postępowaniu zamawiający nie uzasadnił, że zamówienie jest na tyle specyficzne, iż jego wykonania nie można powierzyć podwykonawcom. Zgodnie z doświadczeniem życiowym składu orzekającego Izby nie ma znaczenia, gdzie kupuje się artykuły do sporządzenia posiłków, czy czyni się to w jednym czy innym punkcie sprzedaży. Dlatego zakaz wykonania zamówienia przez podwykonawców nie może być uznany za zasadny. Szczególnie na tle przepisów art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, które właśnie wprowadzają regułę dopuszczenia do udziału w wykonaniu zamówienia podwykonawców, a zatem zastrzeżenie osobistego wykonania świadczenia lub jego części przez wykonawcę musi być traktowane jako wyjątek i jako taki musi mieć uzasadnienie. Podobnie str. 116 i 117 „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod redakcją Jacka Sadowego, Warszawa 2008.

W związku z postawieniem warunku dysponowania tylko przez wykonawcę urządzeniami czyli, zgodnie ze słownikową definicją urządzenia, zespołem elementów, przyrządów służących do wykonania określonych czynności zamawiający naruszył również art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż zaniechał umożliwienia wykonawcom przedstawienia pisemnego

zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego lub osób zdolnych do wykonania zamówienia, czyli – jak w rozpoznawanym przypadku do udostępnienia punktów handlowych. Szczególnie zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w sformułowaniach załącznika nr 6 do specyfikacji „Wykaz punktów placówek handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje wykonawca...” bez zaznaczenia możliwości udostępnienia potencjału przez inne podmioty.

Jednocześnie odwołujący nie dowiódł naruszenia przez zamawiającego zasady bezstronności i obiektywizmu, wyrażonej w art. 7 ust. 2 Pzp. Zgodnie z „Prawo zamówień publicznych. Komentarzem” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007 r., str. 82, cyt. „W ust. 2 przewiduje się, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą dokonywać tylko osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Instytucjonalne gwarancje bezstronności i obiektywizmu przygotowania i przeprowadzenia procedur zamówieniowych zawarto w art. 17 oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 [Pzp].”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut trzeci w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzut czwarty – dotyczący zarzutów naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ użyte w specyfikacji pojęcie sieci punktów handlowych (gastronomicznych) nie mieści się w pojęciu potencjału technicznego, o jakim mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie, wadliwe postanowienia specyfikacji przewidują warunek udziału wykonawców w postępowaniu nieokreślony w przepisach art. 22 Pzp, czyli niedopuszczalny na gruncie Prawa zamówień publicznych oraz naruszają przepisy art. 25 Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ponieważ zamawiający żąda od wykonawców "szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych", a co za tym idzie, zamawiający żąda dokumentu nie przewidzianego w zamkniętym katalogu dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców – skład orzekający Izby nie przychyliła się do zarzutu.

Zamawiający ma obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko wykonawców, którzy będą w stanie zrealizować zamówienie i może żądać tylko dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje, jakie dokumenty może żądać zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednak

na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający sektorowy (a takim jest Kompania Węglowa S.A.) może „żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp [...] jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków”. Zamawiający opierając się również na przytoczonej opinii Urzędu zażądał na potwierdzenie określonego w pkt X ust. 1 lit. b specyfikacji warunku, wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zgodnie z pkt XII ust. 2 specyfikacji.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut czwarty nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu piątego – naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ponieważ zamawiający wprowadzają warunek udziału wykonawcy w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować co najmniej jednym supermarketem lub hipermarketem w Rudzie Śląskiej i w Zabrze, a co za tym idzie, w sposób nieuzasadniony i rażący ograniczają swobodę konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców – skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu.

Skład orzekający Izby stwierdza, na podstawie doświadczenia życiowego, że nie ma znaczenia w jak wielkim sklepie kupuje się artykuły spożywcze i dlatego postawiony warunek dysponowania przez wykonawcę sklepem o jakichś specyficznych cechach gabarytowych nie jest zasadny. Ponadto zamawiający nie dowiódł, że warunek dysponowania takim sklepem ma wpływać na możliwość wykonania zamówienia.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że postawienie przez zamawiającego warunku dysponowania sklepem wielkopowierzchniowym (supermarketem lub hipermarketem) bez uzasadnienia jest niezgodne z naczelną zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zamówień publicznych. Zasada ta została wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie odwołujący nie dowiódł naruszenia przez zamawiającego zasady bezstronności i obiektywizmu, wyrażonej w art. 7 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut piąty w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdza naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 36 ust. 4 i 5 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....