

WYROK
z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 22 i 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 r. przez wykonawcę SodexoMotivation Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową SA w Katowicach przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Lemaro E. i M. O..... spółki jawnej w Rybniku, Firmy Handlowo – Usługowej A. C..... i K. O..... DARK Firma Handlowo – Usługowa w spółki jawnej w Rybniku, R..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe WIKOR R..... Z....., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego SodexoMotivation Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego SodexoMotivation Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego SodexoMotivation Solutions Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Zamawiającego Kompanii Węglowej SA w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1658/13

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW SA Oddział KWK „Jankowice” w okresie 24 miesięcy.”* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało przekazane do Dziennika Urzędowego w dniu 18 lutego 2013 r. i opublikowane w dniu 21 lutego 2013 r., pod nr 2013/S 037-085781.

Odwołujący w dniu 28 czerwca 2013 r. otrzymał informacje o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Lemaro E. i M. O..... spółki jawnej w Rybniku, Firmy Handlowo – Usługowej A. C..... i K. O..... DARK Firma Handlowo – Usługowa w spółki jawnej w Rybniku, R..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe WIKOR R..... Z..... – Górnośląskie Konsorcjum Handlowe.

Wobec powyższej czynności, Odwołujący w dniu 8 lipca 2013 r. złożył odwołanie, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w świetle którego: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”*;
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym: *„Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”*;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”*;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w świetle którego: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”*

- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że: „*Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego i nakazanie wykluczenia konsorcjum oraz uznanie jego oferty za odrzuconą,
- 2) nakazanie dokonanie wyboru jego oferty z zachowaniem zasad określonych ustawą Prawo zamówień publicznych i SIWZ, w szczególności uczciwej konkurencji;
- 3) zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż

- w postępowaniu, w kryterium „I - Łączna ilość punktów (placówek): handlowych i gastronomicznych w : powiecie rybnickim, mieście Rybnik, powiecie wodzisławskim (w tym: miasto Wodzisław Śląski, miasto Pszów, miasto Radlin, miasto Rydułtowy, Gorzyce, Czyżowice, Rogów, Marklowice, Godów, Olza, Skrzyszów) gminie i mieście Żory oraz gminie i mieście Jastrzębie Zdrój” o wadze 60%, Odwołujący otrzymał łączną liczbę punktów, tj. 1101 (z czego Zamawiający uznał 740). W przypadku wybranego wykonawcy, konkurującego z naszą Firmą w postępowaniu było to 1116 (z czego Zamawiający uznał 849). W przypadku Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego przyjęte przez Zamawiającego zawarte w wykazach punkty zawierają takie punkty, które stanowią informację nieprawdziwą, przesądzającą spełnianiu warunków określonych w SIWZ, a zatem i o wyborze - mają zatem wpływ na wynik postępowania;

- W wyniku błędnej oceny dokonanej przez Zamawiającego oferta Odwołującego utraciła większą liczbę punktów, przesądzających o wyborze oferty, jako najkorzystniejszej. Mniej punktów odjęto ofercie Górnośląskiemu Konsorcjum Handlowego. Odwołującemu nie zaakceptowano 18 placówek, dla których w 17 przypadkach brak było pieczętki na oświadczeniu, a w 1 przypadku nie było wpisanej daty oświadczenia. Na tę okoliczność udzielono stosownych wyjaśnień;

- w odniesieniu do 65 placówek, z którymi Odwołujący ma ważne umowy, pomimo iż nie prowadził bezpośrednich rozliczeń z ostatnich 12 miesięcy. Właściciele odmówili Odwołującemu podpisania oświadczeń wymaganych SIWZ. Z tej grupy, tj. 65 placówek w ofercie Konsorcjum Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego znalazło się 49 placówek, a więc placówki te istnieją. Odwołujący ma z nimi ważne umowy. Firmy te rozliczają się z Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. poprzez podmioty trzecie - Agenta rozliczeniowego Makro. Wskazano na ten fakt, wyraźnie w treści wyjaśnień: „*Pozostałe placówki, do których przedstawiono ważne umowy, bez faktury od Wykonawcy, nie*

dokonyją bezpośrednich rozliczeń z Wykonawcą, lecz poprzez firmę Makro Cash and Carry Polska S.A., który jest Agentem Rozliczeniowym spółki Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. Tym samym dokumentem potwierdzającym dla tych placówek jest umowa rozliczania kuponów zrealizowanych w sieci punktów akceptujących Sodexo, rozliczanych w halach Agenta Rozliczeniowego wraz z dokumentem rozliczeniowym - fakturą. Dla tego typu placówek to są dokumenty potwierdzające, iż umowy te są umowami czynnymi - umowa zawarta z Makro Cash and Carry Polska S.A. wraz z fakturą jest w ofercie.”

- mimo nie uznania Odwołującym ww. placówek, Zamawiający pozwolił Górnośląskiemu Konsorcjum Handlowemu uzupełnić lub wyjaśnić 58 placówek, które w ofercie złożonej w postępowaniu nie miały: podpisu i pieczęci, samej pieczęci, błędną datę np. 7.08.2013, złe dane sklepu czy też brak w nich było jakichkolwiek danych oprócz podpisu nieczytelnego. Zostały one uznane po złożonych wyjaśnieniach i załączeniu nowych oświadczeń;

- Tak więc gdyby uznać placówki, z którymi Odwołujący ma ważne umowy/oświadczenia w liczbie 68 placówek i jednocześnie nie uznać 58 placówek Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego, gdyż zostały dopuszczone uzupełnienie oferty o nowe dokumenty w sposób niezgodny z prawem, a które miały wpływ na wynik postępowania to uzyskane zostałyby wyniki: Sodexo - liczba 808 szt, Konsorcjum-liczba 791 szt.

- Uzupełnienie takiej liczby oświadczeń przez Górnośląskie Konsorcjum Handlowe i brak wyjaśnienia, dlaczego w ofercie znalazły się nie podpisane oświadczenia, należy uznać za podanie nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego przyjęte przez Zamawiającego w wyniku wyjaśnień i uzupełnień dodatkowe punkty przesądziły o wyborze - mają zatem wpływ na wynik postępowania. Odjęcie placówek niewłaściwie zakwalifikowanych skutkuje tym, iż oferta Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. w Warszawie jest najkorzystniejsza. Ustalenia poczynione przez Odwołującego w odniesieniu do placówek Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego w wybranych miejscowościach, w których Zamawiający wymagał placówek, w których można będzie realizować bony, potwierdziły ww. okoliczności. Górnośląskie Konsorcjum Handlowe wystąpiło w postępowaniu i złożyło ofertę z naruszeniem wymagań określonych w SIWZ oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszając przy tym nasz interes w uzyskaniu zamówienia i narażając nas na szkodę, próbując bezprawnie otrzymać zamówienie publiczne, o które ubiegamy się jako Wykonawca. Stąd istnieje wymagany przepisami ustawy związek przyczynowo-skutkowy. Pomimo, iż Górnośląskie Konsorcjum Handlowe musiało sobie zdawać sprawę z faktu, iż składane z ofertą oświadczenia (w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do

wykluczenia) zawierają informacje nieprawdziwe, a zatem świadomie i z premedytacją podało nieprawdę.

- w przypadku Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego Zamawiający nie zastosował się do przewidzianej w rozdziale XIV SIWz procedury, co wyniki doprowadziła do uznania temu Wykonawcy większej liczby punktów niż Odwołującemu. Zamawiający pozwolił Górnośląskiemu Konsorcjum Handlowemu uzupełnić lub wyjaśnić wspomnienie 58 placówek, które w ofercie złożonej w postępowaniu nie miały: podpisu i pieczęci, samej pieczęci, błędną datę np. 7.08.2013, złe dane sklepu czy też brak w nich było jakichkolwiek danych oprócz podpisu nieczytelnego. Zostały one uznane po złożonych wyjaśnieniach i załączeniu nowych oświadczeń. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Górnośląskie Konsorcjum Handlowe stwierdziło iż Załączone do oferty oświadczenie o realizacji bonów żywnościowych nie zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu (brak pieczęci i podpisu)". Odwołujący wskazał na 33 oświadczenia Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego, a także dodatkowo na pięć oświadczeń w ofercie tego podmiotu, co do których brak było nazwy firmy, widniał jedynie sam nieczytelny podpis albo brak było dokładnego adresu, oraz co do oświadczenia ze strony 390A oferty - data oświadczenia 7.08.2013 - wyjaśniono błąd, winno być 7.03.2013;

- Powyższa sytuacja wypełnia przesłankę art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ podanie kwestionowanych punktów i ich akceptacja przez Zamawiającego doprowadziły do korzystnego dla Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego rozstrzygnięcia. Jednocześnie uzupełnienie tych dokumentów zostało dopuszczone przez Zamawiającego, choć już w wyroku z dnia 19 czerwca 2012 r. KIO w sprawie o sygn. KIO 1152/12 nie dopuszczało takiej możliwości: „(...) Jednak art. 26 ust. 3 ustawy odnieść można tylko do uzupełnienia dokumentów, które związane są ze spełnieniem minimalnych wymogów zamawiającego co do liczby placówek, a nie podniesieniem pozycji wykonawcy w rankingu ofert. Tym samym w niniejszym postępowaniu możliwość uzupełnienia tych dokumentów mogłaby się odnosić jedynie do posiadania owych 40 placówek handlowych i 15 placówek gastronomicznych stanowiących minimalne wymagania zamawiającego, którego nie spełnienie powodowałoby odrzucenie oferty. Natomiast możliwość wpływania przez wykonawcę na zwiększenie punktacji swojej oferty po upływie terminu składania ofert byłaby jawnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Fakt ten był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie krajowym. Podobny pogląd wyraził też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r w sprawie C-559/10 SAG ELV Slovensko a.s. (jakkolwiek ze względu na zaistniały tam stan faktyczny posługujemy się innym nazewnictwem niż ustawa Pzp): art. 2 dyrektywy 2004/18 (Zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania) nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego (...), wedle

którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie żądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty nie żądając jednak i nie przyjmująca jakiegokolwiek zmian oferty. Przy wykonaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje się lub dewaloryzuje się kandydatów, do których to żądanie było skierowanej...)(...) Tym samym ocenie (punktacji) w zakresie kryterium oceny ofert może być podana tylko taka liczba placówek, która figurowała na liście i spełniła wszystkie wymagania zamawiającego na chwilę składania ofert (m.in. załączono oświadczenie lub inny dokument). (...)”.

- Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż wykluczeniu podlega wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądowne.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Lemaro E. i M. O..... spółka jawna w Rybniku, Firma Handlowo – Usługowa A. C..... i K. O.....DARK Firma Handlowo – Usługowa spółka jawna w Rybniku, R..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe WIKOR R..... Z..... (Górnośląskie Konsorcjum Handlowe) – po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony, do której to przystąpienie nastąpiło.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono następnie, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Nie potwierdziły się zarzuty stawiane wobec niewłaściwej oceny oferty Odwołującego, wyrażającej się nie przyznaniem większej ilości punktów w kryterium „I - Łączna ilość punktów (placówek): handlowych i gastronomicznych w: powiecie rybnickim, mieście Rybnik, powiecie wodzisławskim (w tym: miasto Wodzisław Śląski, miasto Pszów, miasto Radlin, miasto Rydułtowy, Gorzyce, Czyżowice, Rogów, Marklowice, Godów, Olza, Skrzyszów) gminie i mieście Żory oraz gminie i mieście Jastrzębie Zdrój” o wadze 60%, wobec nieuznania tych placówek gastronomicznych i handlowych, co do których Odwołujący nie złożył wymaganych obok Wykazu tych placówek, dokumentów.

Bezspornym jest, że Zamawiający w SIWZ postawił wymaganie złożenia Wykazu placówek gastronomicznych oraz Wykazu placówek handlowych, w których będą mogły być realizowane bony żywieniowe oferowane w postępowaniu. Obok tych Wykazów Zamawiający wymagał także złożenia umów z podmiotami prowadzącymi te placówki, zaś jeśli umowy te zawarto dawniej niż 12 miesięcy przed terminem składania ofert – dodatkowo oświadczeń tych podmiotów, że będą realizować bony żywieniowe emitowane przez Wykonawcę w okresie wykonywania zamówienia; kopii aktualnych umów zawartych z podmiotami trzecimi wraz z dokumentem/dokumentami potwierdzającymi, że umowy te są umowami „czynnymi” (np. faktura, rozliczenie z podmiotem trzecim), wystawionymi nie wcześniej niż w okresie 12 miesięcy przed publikacją ogłoszenia.

Wynika to wprost z postanowienia rozdziału IXSIWZ, który przewiduje, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1, Zamawiający wymaga również dołączenia do oferty:

1. Wykazu placówek handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe, zlokalizowanych w: powiecie rybnickim, mieście Rybnik, powiecie wodzisławskim (w tym: miasto Wodzisław Śląski, miasto Pszów, miasto Radlin, miasto Rydułtowy, Gorzyce, Czyżowice, Rogów, Marklowice, Godów, Olza, Skrzyszów) gminie i mieście Żory oraz gminie i mieście Jastrzębie Zdrój, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze lub gotowe posiłki (Załącznik nr 7a do SIWZ).
2. Dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca dysponuje/ będzie dysponował placówkami handlowymi/ gastronomicznymi zlokalizowanymi w: powiecie rybnickim, mieście Rybnik, powiecie wodzisławskim (w tym: miasto Wodzisław Śląski, miasto Pszów, miasto Radlin, miasto Rydułtowy, Gorzyce, Czyżowice, Rogów, Marklowice, Godów, Olza, Skrzyszów) gminie i mieście Żory oraz gminie i mieście Jastrzębie Zdrój, wyszczególnionymi w wykazie placówek, o którym mowa w pkt. 3 tj.:

1. oświadczeń (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) podmiotów trzecich (placówek handlowych/ gastronomicznych), iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe emitowane przez Wykonawcę w okresie wykonywania zamówienia, lub
2. kopii umów zawartych z podmiotami trzecimi w terminie po publikacji ogłoszenia o zamówieniu nr 211201420, lub
3. kopii aktualnych umów zawartych z podmiotami trzecimi wraz z dokumentem/dokumentami potwierdzającymi, że umowy te są umowami czynnymi (np. faktura, rozliczenie z podmiotem trzecim), wystawionymi nie wcześniej niż w okresie 12 miesięcy przed publikacją ogłoszenia.

W rozdziale XIV SIWZ, pt.: Kryteria oceny oferty, Zamawiający podał, że:

2. Zamawiający, w przypadku stwierdzenia - wg stanu na dzień otwarcia ofert - błędów w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych, wdroży:

- postępowanie przewidziane dyspozycjami art. 26 ust 3 i 4 uPzp, gdy Wykonawca nie spełnia warunku co do minimalnej ilości placówek wymaganej w SIWZ,
- postępowanie wyjaśniające przewidziane dyspozycją art. 87 ust 1 uPzp, gdy Wykonawca spełnia warunek co do minimalnej ilości placówek wymaganej przez Zamawiającego, a następnie skoryguje wykaz placówek nie uznając placówek w następujących przypadkach:
 - placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej, określoną w pkt 4) załącznika nr 1 SIWZ;
 - placówka jest remontowana,
 - placówka została przeniesiona pod inny niż wskazany w wykazie adres,
 - placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych nie istnieje;
 - ta sama placówka została ujęta w kilku pozycjach wykazu (Zamawiający uzna tylko jedną placówkę);
 - placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych została zlikwidowana.

W sytuacji, gdy w wyniku dokonanej weryfikacji ilości placówek zachodzą będą przesłanki wynikające z art. 24 ust 2 pkt 3) uPzp, Zamawiający dokona czynności zgodnie z dyspozycją ww. artykułu ustawy.

Nie ulega także wątpliwości, że Odwołujący nie złożył – w odniesieniu do wskazywanych w Wykazach placówek, co do których umowy zawarto dawniej niż 12 miesięcy przed terminem składania ofert, wymaganych oświadczeń podmiotów prowadzących placówki albo faktur. Nie złożył także innych dokumentów o charakterze dokumentu księgowego, które by pozwalały na stwierdzenie, że w danej placówce są realizowane bony tego wykonawcy. Nie mogą być za takie uznane złożone dopiero na rozprawie paragony obrazujące dokonanie zakupu w niektórych placówkach oraz dokumenty

aktualizacyjne umów – wszystkie one zostały wystawione i potwierdzają stan po terminie składania ofert (termin składania ofert ustalono na 3 kwietnia 2013 r.), to jest: paragony pochodzą z 13 i 23 lipca 2013 r., a dokumenty aktualizacyjne potwierdzają stan na dzień 1 maja 2013 r. Ponadto paragony potwierdzają jedynie, że dana placówka istnieje – że można w niej dokonać zakupu, nie wynika z nich jednak, że takiego zakupu można dokonać za bony danego wykonawcy.

Na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił powód nie złożenia umów dopełnionych oświadczeniami podmiotów prowadzących placówki lub fakturami, w następujący sposób: *„Pozostałe placówki, do których przedstawiono ważne umowy, bez faktury od Wykonawcy, nie dokonują bezpośrednich rozliczeń z Wykonawcą, lecz poprzez firmę Makro Cash and Carry Polska S.A., który jest Agentem Rozliczeniowym spółki Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. Tym samym dokumentem potwierdzającym dla tych placówek jest umowa rozliczania kuponów zrealizowanych w sieci punktów akceptujących Sodexo, rozliczanych w halach Agenta Rozliczeniowego wraz z dokumentem rozliczeniowym - fakturą. Dla tego typu placówek to są dokumenty potwierdzające, iż umowy te są umowami czynnymi - umowa zawarta z Makro Cash and Carry Polska S.A. wraz z fakturą jest w ofercie.”*.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że Odwołujący nie złożył wymaganych treścią SIWZ dokumentów, w postaci oświadczeń podmiotów prowadzących placówki, albo faktur potwierdzających rozliczenia z tymi podmiotami z tytułu realizacji bonów, niezależnie od powodów takiego stanu rzeczy, prawidłową była decyzja Zamawiającego o nie uznaniu wskazanych placówek. Bez znaczenia są powody nie złożenia takich dokumentów: odmowy podmiotów prowadzących placówki – na co powoływał się Odwołujący – spowodowane działaniami konkurencyjnych podmiotów, czy brak możliwości przedstawienia faktur z uwagi na dokonywanie rozliczeń zbiorczych przez agenta (Makro Cash and Carry Polska SA). Zamawiający dokonując oceny złożonych w postępowaniu dokumentów obowiązany jest do przeprowadzenia tej oceny zgodnie z zasadami przyjętymi w SIWZ, to jest w oparciu o te dokumenty, których wymagał w postępowaniu.

Nie mogły także być uwzględnione wskazane placówki – wbrew stanowisku Odwołującego – na tej tylko podstawie, że te same 49 placówek podano w ofercie wybranego wykonawcy, tj. Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego. Wskazanie przez Górnośląskie Konsorcjum Handlowe tych placówek oraz opatrzenie odpowiednim oświadczeniem placówki, że są tam realizowane bony tego wykonawcy pozwala na stwierdzenie jedynie tego, że placówka istnieje, jest czynna i że realizuje bony Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego. Wymaganie postawione w treści SIWZ złożenia wskazanych oświadczeń (lub innych dokumentów) nie służy jedynie ustaleniu, że placówka

aktualnie istnieje, ale także zbadaniu, czy realizowane są w niej bony danego wykonawcy. W treści przytoczonego wyżej postanowienia SIWZ wyraźnie bowiem podano, że oświadczenie pochodzące z danej placówki gastronomicznej lub handlowej ma potwierdzać, iż podmiot ten będzie *realizować bony żywieniowe emitowane przez Wykonawcę w okresie wykonywania zamówienia*. Wynika to także z treści samego oświadczenia, którego wzór przygotował Zamawiający (załącznik nr 8 do SIWZ): „*Oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe Wykonawcy (...) w okresie wykonywania przez niego zamówienia pod nazwą „Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW SA Oddział KWK „Jankowice” w okresie 24 miesięcy.*” (nr sprawy: 211201420) *w następujących placówkach handlowych i gastronomicznych: (...)*”. Z tego względu fakt, że w ofercie innego wykonawcy podano te same placówki potwierdza jedynie ich istnienie (to zresztą nie było sporne między stronami, Zamawiający nie kwestionował istnienia placówek wskazanych w Wykazie) nie potwierdza jednak, że można w tych placówkach zrealizować bony Odwołującego. Odwołujący na rozprawie wyrażał pogląd, że w jego ocenie, w celu sprostania wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, powinny w tym zakresie być uwzględnione umowy zawarte z placówkami przed terminem ogłoszenia, dopełnione oświadczeniem własnym wykonawcy. Powyższe jednak nie może być uznane, bowiem Zamawiający dla potwierdzenia, że w placówkach można zrealizować bony danego wykonawcy wymagał dokumentów zewnętrznych – umów zawartych z placówkami w okresie przed upływem 12 miesięcy od dnia terminu składania ofert, oświadczeń podmiotów prowadzących te placówki, czy faktur. Odwołujący żadnego tego rodzaju dokumentu nie złożył, zarówno wraz z ofertą jak i na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, wystosowane przez Zamawiającego. Stąd wskazane 49 placówek nie mogło być uznane.

Odwołujący w odwołaniu kwestionował także 18 placówek, których – zdaniem Odwołującego - Zamawiający mu nie zaliczył, z uwagi na brak pieczętki na oświadczeniu, oraz w jednym przypadku brak daty oświadczenia. Zamawiający jednak wykazał, że te 18 placówek zostało uwzględnione w algorytmie służącym ustaleniu punktacji, a jedynie omyłkowo wskazano je w załączonym do Informacji o wynikach postępowania wykazie placówek gastronomicznych i handlowych, które nie były brane pod uwagę przy ocenie oferty Sodexo Motivation Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie. Zamawiający złożył dokonaną w dniu 17 lipca 2013 r. korektę wykazu placówek gastronomicznych i handlowych, które nie były brane pod uwagę przy ocenie oferty Odwołującego. Wynika z tego, że wskazane 18 placówek zostało przez Zamawiającego wzięte pod uwagę przy przyznaniu Odwołującemu punktacji.

Powyższe determinowało wniosek, że Zamawiający w sposób prawidłowy zakwalifikował punkty gastronomiczne i handlowe w zakresie oferty Odwołującego.

Nie potwierdził się zatem stawiany w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zakwestionował także zaliczenie przez Zamawiającego wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą – Górnośląskiemu Konsorcjum Handlowemu punktów gastronomicznych i handlowych, co do których wykonawca ten, wezwany do wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał uzupełnienia poprawionych oświadczeń podmiotów prowadzących te placówki.

Zgodzić się należy, co do zasady z tezą, że nie mogą podlegać uzupełnieniu te elementy oferty, które podlegają w postępowaniu ocenie. Dostrzeżenia jednak, że każdorazowo, przy dokonywaniu oceny oferty, obowiązkiem Zamawiającego jest wyczerpanie instrumentów służących ustaleniu treści oferty i składanych wraz z nią dokumentów, które przewidziane są w art. 26 ust. 3 i 4 a także w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert; niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może zatem stanowić zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Stąd w ofercie musi znajdować się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści. Wyjaśnieniu podlegać może bowiem treść oferty – istniejące w niej informacje i w ramach tej treści wyjaśnienia powinny się być zamknąć. W analizowanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, że oferta – wyszczególnienie punktów gastronomicznych i handlowych, w których mogą być realizowane bony wyrażała się w dwóch wykazach takich placówek. W wyniku wyjaśnienia złożonego przez wykonawcę nie uległa zmianie lista tych placówek. Górnośląskie Konsorcjum Handlowe załączyło także w ofercie kompletny zestaw dopełniających te Wykazy oświadczeń podmiotów prowadzących placówki, tyle, że w niektórych wypadkach były one wadliwe – nieprawidłowo podpisane, nieopatrzone pieczęciami. Wyjaśnienie spowodowało zatem uzupełnienie dopełniających te wykazy oświadczeń podmiotów prowadzących placówki, przy czym to uzupełnienie odnosiło się do prawidłowego podpisania oświadczeń (przez umocowane do tej czynności osoby), opatrzenia ich pieczęcią pozwalającą na identyfikację osób. Nie sposób zatem traktować uzupełnienia przez Górnośląskie Konsorcjum Handlowe oświadczeń

podmiotów prowadzących placówki gastronomiczne i handlowe w kategorii niedopuszczalnej zmiany treści oferty, skoro mieściły się one w ramach oferty złożonej w terminie składania ofert. Taką ścieżkę postępowania przewidział także Zamawiający w treści SIWZ, wprowadzając postanowienie, zgodnie z którym, w przypadku stwierdzenia - wg stanu na dzień otwarcia ofert - błędów w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych, Zamawiający miał zastosować art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - gdy wykonawca nie spełni warunku co do minimalnej ilości placówek wymaganej w SIWZ, a także zastosować art. 87 ust 1 ustawy- gdy wykonawca spełnia warunek co do minimalnej ilości placówek wymaganej przez Zamawiającego, a następnie skorygować wykaz placówek nie uznając placówek, gdy placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej, placówka jest remontowana, placówka została przeniesiona pod inny niż wskazany w wykazie adres, placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych nie istnieje; ta sama placówka została ujęta w kilku pozycjach wykazu (Zamawiający uzna tylko jedną placówkę);placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych została zlikwidowana.

Tym samym wnioskowanie, by tego rodzaju działanie Zamawiającego było niedopuszczalne – nie zasługuje na aprobatę.

Powyższe skutkuje uznaniem, że nie potwierdził się stawiany w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzeżenia ponadto wymaga, że nieprawidłowo udokumentowane dysponowanie przez wykonawcę placówkami gastronomicznymi i handlowymi (przykładowo - brak pieczęci pozwalających na ustalenie tożsamości i stanowisk osób podpisanych na oświadczeniach) nie może być traktowane jako złożenie nieprawdziwych informacji, skutkujących obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym bardziej nie może być uznane za złożenie takich informacji uzupełnienie takich samych dokumentów, ale prawidłowo podpisanych i opieczętowanych. Odwołujący nie kwestionuje prawdziwości uzupełnionych dokumentów ani zgodności opisanych w nim sytuacji i stanów z rzeczywistością. Teza zawarta w odwołaniu, zgodnie z którą Górnośląskie Konsorcjum Handlowe musiało sobie zdawać sprawę z faktu, iż składane z ofertą oświadczenia (w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia) zawierają informacje nieprawdziwe, a zatem świadomie i z premedytacją podało nieprawdę, nie została w żaden sposób potwierdzona – Odwołujący stawiając tego rodzaju wnioski nie wskazał, które informacje podane zostały niezgodnie z rzeczywistością. W okolicznościach analizowanego stanu faktycznego nie sposób więc dopatrzeć się złożenia w postępowaniu jakichkolwiek nieprawdziwych informacji – Odwołujący w odniesieniu do

żadnej z informacji zawartych w wykazach oraz oświadczeniach podmiotów prowadzących placówki nie wskazuje, by była ona niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy.

Podkreślenia przy tym wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym wywołanie wątpliwości czy niepewności, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość – przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga uzyskania pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. To szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, która nie może być traktowana subiektywnie lub w oparciu o jednostronnie przedstawiony stan faktyczny. Ustalenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategoriycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Ponadto postanowieniu SIWZ, zgodnie z którym „w sytuacji, gdy w wyniku dokonanej weryfikacji ilości placówek zachodzą przesłanki wynikające z art. 24 ust 2 pkt 3) uPzp, Zamawiający dokona czynności zgodnie z dyspozycją ww. artykułu ustawy,” w którego brzmieniu Odwołujący upatruje podstawy do stawiania zarzutu, nie sposób przypisywać znaczenia innego, aniżeli tylko informacyjne. Podstawy do wykluczenia wykonawcy wynikają z ustawy, nie jest więc dopuszczalne dyspozytywne traktowanie tego przepisu, skutkujące taką interpretacją SIWZ, zgodnie z którą Zamawiający miałby być obowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w razie sytuacji przez siebie opisanych w SIWZ, choć nie wpisujących się w dyspozycję przepisu. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględny charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to nie przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu zamawiającego, to przepisy bezwzględnie obowiązujące, obwarowane sankcjami z zakresu dyscypliny finansów publicznych a niejednokrotnie również prawa karnego. Sfera wydatkowania środków publicznych znajduje bowiem wyraz już w konstytucji (art. 216 ust. 1 stanowi, iż środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie) a następnie ustawie o finansach publicznych

(art. 44 ust. 4 tej ustawy przewiduje, że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej). Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć wykluczenia wykonawcy, co do którego przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy tej czynności (tak też: uzasadnienie wyroku KIO z 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11).

Powyższe czyniło w powyższym zakresie stawiany zarzut - nieuzasadnionym.

Odwołujący podnosił również, że zamawiający nie powinien uznać Górnośląskiemu Konsorcjum Handlowemu jednej z placówek, która została podana w wykazie placówek (market Dino w Żorach) i dołączono do niej oświadczenie podmiotu prowadzącego placówkę, przy czym oświadczenie nie zawiera adresu, zaś w Żorach na dzień dzisiejszy są dwa markety Dino tej firmy.

Po pierwsze - podkreślenia w tym miejscu wymaga, że tak postawionego zarzutu i argumentacji nie zawarto w odwołaniu. Na zarzut składa się bowiem zastrzeżenie kierowane wobec czynności i zaniechań zamawiającego, skonkretyzowane do tych zachowań, czytelnie ukierunkowane na wykazanie niedoskonałości postępowania zamawiającego, które – wraz z dopełniającą argumentacją ma przekonywać o zasadności odpowiadającego mu żądania. Za zarzuty należy uznać zatem te oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. W odwołaniu nie sposób dopatrzeć się choćby namiastki tak postawionego zarzutu.

Po drugie – wskazanie w Wykazie placówki wraz z adresem identyfikuje tę placówkę. Fakt, że oświadczenie nie zawiera adresu nie dyskwalifikuje tej placówki. Nawet jeśli w miejscowości jest więcej niż jeden supermarket Dino, to z oświadczenia wynika, że w każdym z supermarketów Dino w Żorach można zrealizować bony danego wykonawcy. W wykazie podano adres tej placówki, co oznacza, że Zamawiający miał podstawy do uwzględnienia jej przy ustaleniu punktacji Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego.

Odwołujący postawił także zarzuty wobec pięciu oświadczeń w ofercie Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego, wskazując na podstawę do ich nieuwzględnienia, z uwagi na brak pieczęci, adresów na tych oświadczeniach. Powyższe zostało wyjaśnione na rozprawie, że wynika z postawienia zarzutów w oparciu o udostępnione Odwołującemu kopie ofert, na których odpowiednie pieczętki były niewidoczne. Zamawiający okazał oryginały ofert, zawierające prawidłowe, widoczne pieczętki.

Reasumując, nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 marca 2010 r.

Przewodniczący: