

Sygn. akt: KIO 1410/12

WYROK
z dnia 20 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Rydułtowy-Anna w okresie 12 miesięcy”*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 marca 2012 r. pod nr 2012/S 58-095063.

W postępowaniu tym wykonawca Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy dokonania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Informacja o dokonaniu powyższych czynności został Odwołującemu przekazana faksem w dniu 26 czerwca 2012 r. Kopia złożonego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 6 lipca 2012 r.

W dniu 6 lipca 2012 r. Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 9 lipca 2012 r. mailem, zaś w dniu 11 lipca 2012 r. na piśmie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Górnośląskie Konsorcjum Handlowe składając się z wykonawców: Zakłady Mięsne Berger Irena i Bonifacy Berger Spółka Jawna (Pełnomocnik Konsorcjum), Firma Handlowa AdeH A Buchalik, H. Noworyt Spółka cywilna i Lemaro E. i M. Ogon Spółka Jawna z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum z siedzibą w Rydułtowach (dalej: „*Konsorcjum GKH*”) złożyli do Prezesa Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności poprzez:

- 1) zaniechanie dokonania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i
- 3) brak wyboru oferty Odwołującego się, jako oferty najkorzystniejszej.

Oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą to Górnośląskie Konsorcjum Handlowe (zwane dalej „GKH”), utworzone przez:

- 1) Zakłady Mięsne „Berger” Irena i Bonifacy Berger Spółka Jawna z siedzibą: Rydułtowy (pełnomocnik konsorcjum GKH)
- 2) Firma Handlowa „AdeH” A. Buchalik, H. Noworyt Spółka cywilna z siedzibą w Rybniku,
- 3) „Lemaro” E. i M. Ogon Spółka Jawna z siedzibą w Rybniku.

Oferta tej firmy została złożona – w ocenie Odwołującego - z naruszeniem następujących przepisów ustawy Pzp.

1. art. 7 ust. 1, 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, zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”;
3. art. 24 ust. 2 pkt 3, 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. w świetle którego: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum GKH i nakazanie wykluczenia Konsorcjum oraz uznanie jego oferty za odrzuconą
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie dokonanie wyboru jego oferty z zachowaniem zasad określonych Pzp, w szczególności uczciwej konkurencji;
3. zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że najkorzystniejszą ofertę złożyło Konsorcjum GKH, pomimo że podało informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania oraz to, że w postępowaniu odrzucono ofertę Odwołującego, podczas gdy złożona przez niego oferta odpowiada SIWZ i jest najkorzystniejsza, ponieważ w decydującym kryterium, którym było kryterium: Łączna ilość punktów (placówek): handlowych na terenie: miasta Rydułtowy i miasta Pszów oraz placówek gastronomicznych na terenie miasta Rydułtowy i miasta Pszów o wadze 70%", Odwołujący wykazał największą, łączną liczbę punktów, tj. 87, podczas gdy w przypadku pozostałych wykonawców w postępowaniu było to odpowiednio:

1. Cheque Dejeuner Polska Sp. z o.o. w Warszawie - 73 (z czego Zamawiający uznał 68 placówek),
2. Konsorcjum GKH - 102 (z czego Zamawiający uznał 86).

W przypadku Konsorcjum GKH przyjęta przez Zamawiającego liczba punktów zawiera punkty, które stanowią informację nieprawdziwą przesądzającą o wyborze, a zatem mającą wpływ na wynik postępowania. Odjęcie placówek niewłaściwie zakwalifikowanych skutkuje, zdaniem Odwołującego, tym, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Według Odwołującego w odniesieniu do placówek w wybranych miejscowościach, w których Zamawiający wymagał placówek, w których można będzie realizować bony żywnościowe uprawnionych, stwierdzono, iż oferta Konsorcjum GKH zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ, lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Podkreślił ponadto, że pomimo, iż Konsorcjum GKH musiało sobie zdawać sprawę z faktu, iż składane z ofertą oświadczenia zawierają informacje nieprawdziwe, złożyło oświadczenie w ofercie (pkt 8. str. 3 oferty), że brak jest podstaw do jego wykluczenia z art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem świadomie i z premedytacją podało nieprawdę.

Wskazał dziesięć pozycji co do których Odwołujący miał określone uwagi:

- poz. 17 - BIELA IRENEUSZ 44-283 RYDUŁTOWY, PLEBISCYTOWA 47 (str. 67 oferty);
- poz. 30 - STEUER MARIAN 44-280 RYDUŁTOWY, BOHATERÓW WARSZAWY 153 (str. 78 oferty);
- poz. 37 - LESZEK ADAMCZYK 44-280 RYDUŁTOWY, RACIBORSKA 410 (str. 84 oferty);
- poz. 45 - KRAWCZYNSCY SP.J. 44-280 RYDUŁTOWY, SOBIESKIEGO 2-4, (str. 93 oferty);
- poz. 50 - LEMARO 44-280 RYDUŁTOWY, LEONA 2 (str. 97 oferty);
- poz. 54 - ZM STANIA 44-280 RYDUŁTOWY, RACIBORSKA (str. 103-104 oferty);
- poz. 10 - SPAR vel WEGAR SP. Z O.O. 44-370 PSZÓW, TRAUGUTTA (str. 107 oferty);

oferty);

- poz. 19 - JANTAR 44-370 PSZÓW , KS. SKWARY 3 (str. 114 oferty);
- poz. 20 - ZM KUHN TOMASZ 44-370 PSZÓW . PSZOWSKA (str. 115-116);
- poz. 6 - JANUAR SP. Z O.O. 44-280 RYDUŁTOWY , BEMA 90 (str. 88 oferty);

W odniesieniu do poszczególnych wykazanych placówek podkreślił, że: co do poz. 30, 37, 19 - te placówki wcale nie istnieją, co do poz. 30 – jest to miejsce zamieszkania właściciela, co do poz. 37 – jest to miejsce zamieszkania właściciela, co do poz. 19 – jest to siedziba zakładu mięsnego, który nigdy nie posiadał placówek handlowych, co do poz. 45 i 11 - podano podwójne placówki, co do poz. 45 placówka znajduje się jeszcze w wykazie gastronomi w Rydułtowach jako poz. 11, a dodatkowo placówka gastronomiczna została przekazana innej spółce we władanie - nowa umowa z nowym podmiotem w ofercie Odwołującego, co do poz. 15 i 10 - podano podwójne placówki, co do poz. 54 – placówka nie istnieje (w budowie), a dodatkowo została dopisana ręcznie do kopii oświadczenia; co do poz. 17, 50, 20, 6 – placówki te istnieją, lecz nie spełniają wymogów SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że oprócz wskazanych placówek przez Zamawiającego dodatkowo nie powinny być uznane następujące placówki wskazane w ofercie Konsorcjum GKH:

- poz. 21 - ARTUR SKUPIEŃ 44-280 RYDUŁTOWY, RACIBORSKA 407 (str. 70 oferty);
- poz. 46 - EWA LACIOK 44-280 RYDUŁTOWY, PLEBISCYTOWA 41 (str. 92 oferty);
- poz. 53 - ZBIGNIEW ZEMLO 44-280 RYDUŁTOWY JAGIELOŃSKA (str. 99 oferty);
- poz. 24 - FRANCISZEK BUKOWSKI 44-370 PSZÓW, KS. SKWARY 19 (str. 118 oferty);
- poz. 1 - Krawczyńscy sp. j. 44-280 RYDUŁTOWY, SOBIESKIEGO 2-4 (str. 93 oferty);
- poz. 2 - JACEK ACHINGER 44-370 PSZÓW, ŻUŻŁOWA 55 (str. 131 oferty).

Odwołujący podniósł następujące uwagi co do poszczególnych pozycji:

- co do poz. 21, 46 - podstawową działalność placówek jest sprzedaż alkoholi - w odległości 20 m od każdej placówki znajdują się placówki spożywcze tych właścicieli - dla poz. 21 - poz. 20. dla placówki 46 poz. 44,
- co do poz. 53 - placówka prowadzi działalność na Targowisku miejskim w pomieszczeniu, którego wnętrze nie jest dostępne dla konsumenta, z tzw. „okienka”,
- co do poz. 11 - działalność przekazana jest innej spółce,
- co do poz. 2 - pod podanym adresem znajduje się dom prywatny.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, dowodzi, iż podawanie niespełniających

wymagań, czy nieistniejących albo zdublowanych placówek jest podawaniem nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślił przy tym, iż zdobyte przed terminem składania ofert oświadczenia miały na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego poprzez podawanie nieprawdziwych informacji. Wskazał, że łącznie 6 placówek, które należałoby uznać za podawanie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania lub mogących mieć wpływ, ponieważ oświadczenia, na podstawie których wpisano te placówki do wykazu placówek - załącznik nr 7, były podpisane w bliskim terminie od daty składania ofert, a tym samym winny wskazywać prawdziwy obraz na dzień podpisania oświadczeń oraz dzień składania ofert. Tymczasem, według Odwołującego, w celu sztucznego zawyżenia realnie posiadanej sieci zostały placówki te umieszczone w ofercie, pomimo świadomości, iż nie istnieją one. W tym zakresie Odwołujący wskazał na dowód, tj. oświadczenia dotyczące ww. placówek w ofercie Konsorcjum GKH. (strona 78, 84, 93, 103, 104, 107, 114 oferty).

Podkreślił, że Odwołujący przed złożeniem oferty dokonał weryfikacji sieci własnej na tym terenie i odjął 17 placówek (w tym część wykazanych w ofercie Konsorcjum GKH) z ogólnej liczby 104 placówek, które znajdowały się w bazie Odwołującego. Ostatecznie Odwołujący po weryfikacji wszystkich posiadanych placówek przez pryzmat zgodności z SIWZ, faktycznego prowadzenia działalności, przedstawił w złożonej ofercie 87 placówek handlowych i gastronomicznych. Tym samym Odwołujący podkreślił, że gdyby postąpił podobnie jak Konsorcjum GKH uzyskałby wyjściowo więcej placówek niż Konsorcjum GKH - bo aż 104. Odwołujący jednakże kierował się – jak podkreślił - wyrokiem KIO sygn. akt KIO 2717/11 z dnia 5 stycznia 2012 r. i postanowił zweryfikować swój wykaz placówek, aby nie podlegać odrzuceniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym zakresie odjął ze swojej oferty 17 placówek, a tym samym zaoferował w ofercie ostatecznie 87 placówek.

Co do podawania nieprawdziwych informacji na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO:

- w sprawie o sygn. akt: KIO 257/11, które zostało poparte orzeczeniem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., wskazując, że *do wykluczenia wykonawcy* z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym;
- w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 372/10 oraz KIO/ UZP 489/10, wskazując m.in. iż ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „nieprawdziwych informacji” i pojęcie „prawdy” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność)

myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”) za wyrokiem SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 10095/99

- w sprawie o sygn. akt: KIO 2717/11
- w sprawie o sygn. akt: KIO 548/12.

Według Odwołującego nieprawidłowa i niezgodna z prawem była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazał on na postanowienia pkt IX. 2 SIWZ, gdzie Zamawiający zażądał przedłożenia wraz z ofertą wykazu placówek handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe zlokalizowanych w miastach Rydułtowy i Pszów (powiat wodzisławski): oferujących w sprzedaży produkty spożywcze oraz placówek gastronomicznych zlokalizowanych w mieście Rydułtowy i mieście Pszów oferujących gotowe posiłki (Załącznik nr 7 do SIWZ). Jego zdaniem Zamawiający poprzez swoje czynności postępuje wprost niezgodnie z jednoznacznymi postanowieniami SIWZ. W treści Załącznika nr 7 wskazano bowiem, iż do wykazu należy dołączyć oświadczenia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) podmiotów trzecich (placówek handlowych / gastronomicznych) lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania 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 S.A. Oddział KWK Rydułtowy-Anna w okresie 12 miesięcy.” (nr sprawy: 231200062). Podniósł, że zapis pkt IX SIWZ ma jednoznaczne brzmienie i odpowiada literalnemu brzmieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołał się na podobną sprawę w niemal identycznej SIWZ, gdzie KIO w wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 1152/12 uznała, że złożone przez Odwołującego umowy stanowią inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami Załączników 7 i 8 do SIWZ. W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba stwierdziła m.in., że Zamawiający co do załącznika nr 7 do SIWZ określił wymóg szczegółowy jedynie w zakresie wzoru oświadczenia, pozostawiając jednocześnie możliwość złożenia również innych dokumentów. Przedstawianie zawartych umów jest natomiast zwyczajowo przyjmowanym, nie tylko w zamówieniach publicznych, ale i w powszechnym obrocie, sposobem potwierdzania, że dane podmioty podjęły pewne zobowiązania. Tym samym nie dziwi, że wykonawca uznał je za inny dokument potwierdzający realizację bonów. Jeśli zaś zamawiający miał jakieś szczególne wymagania co do owych „innych dokumentów” lub do zawartych umów, które mogli przedstawić wykonawcy, powinien je opisać w SIWZ.

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę na naruszenie w postępowaniu zasady równego

traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum GKH weszło w posiadanie informacji, które postawiły je w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców. Konsorcjum to nie mogło legalnie poznać numeru postępowania ani treści SIWZ przed dniem ogłoszenia postępowania, co miało miejsce 23 marca 2012 r. Według Odwołującego działania Konsorcjum GKH, a w tym sporządzenie pełnomocnictwa dla lidera Konsorcjum przed terminem przekazania i opublikowania ogłoszenia i SIWZ wskazują, że informacje niedostępne dla pozostałych wykonawców były znane Konsorcjum GKH przed tymi terminami, co pozwoliło temu wykonawcy na lepsze przygotowanie się do przetargu, w tym zdobycie aktualnych oświadczeń. Fakt ten – w ocenie Odwołującego - ma istotne znaczenie, ponieważ SIWZ opublikowana w analogicznym postępowaniu rok wcześniej różni się od obecnej, nie tylko wymaganiami w zakresie oświadczeń, ale także wymaganiami, co do położenia punktów akceptujących bony, co ma o tyle znaczenie, iż obecnie opracowana SIWZ znacznie się różni od aktualnej, bo zawiera znacznie szerszy zakres oceniany - wszystkie placówki handlowe (poprzednio tylko ogólnospożywcze) oraz węższy obszar ocenianych placówek - tylko miejscowości Rydułtowy i Pszów (poprzednio powiaty Wodzisławski, Rybnicki, Żorski, Jastrzębski, Raciborski). Tym samym, zdaniem Odwołującego, znajomość wcześniejsza SIWZ miała ogromne znaczenie, gdyż gdyby i tym razem była podobna SIWZ – Konsorcjum GKH miałyby znacznie mniejszą przewagę w stosunku do innych wykonawców i szansę na uzyskanie zamówienia. Podkreślił też, że z 9 cyfrowego numeru postępowania nadawanego przez Zamawiającego tylko pierwsze 4 cyfry można przewidzieć natomiast pozostałe 5 jest nadawanych automatycznie przez system komputerowy. Podniósł, że wezwanie do wyjaśnień wykonawcy przez Zamawiającego i uzyskanie od niego odpowiedzi, iż umowę i pełnomocnictwo wykonawca miał przygotowane wcześniej - już 1 marca 2012 r., które jednak podpisał po ogłoszeniu postępowania, jednocześnie wpisując w umowie i pełnomocnictwie numery postępowania nadane przez Zamawiającego, co miało miejsce 24 marca 2012 r. – są niewystarczające. Konsorcjum GKH tłumaczyło się, iż omyłkowo nie zmieniło daty i taki dokument pełnomocnictwa został podpisany i załączony do oferty. Zamawiający uznał takie tłumaczenie wykonawcy, choć - zdaniem Odwołującego - czynności przygotowawcze Konsorcjum GKH wskazują, iż miało ono wcześniej dostęp do SIWZ niż pozostali oferenci, a tym samym mogło wcześniej podjąć odpowiednie kroki w zakresie podpisywania oświadczeń wymaganych w SIWZ.

Podkreślił, że w dwóch innych postępowaniach dla oddziałów KWK Marcel i KWK Chwałowice, gdzie przy identycznej SIWZ były oceniane placówki z obszaru powiatów wodzisławskiego i rybnickiego Konsorcjum GKH zebrało ponad 400 oświadczeń od podmiotów trzecich. Inny wykonawca, który także zbierał wymagane oświadczenia firma

Chèque Déjeuner Sp. z o.o. zebrała takich oświadczeń zaledwie ok. 170, co zdaniem Odwołującego pokazuje jak trudno w krótkim czasie zebrać wymagane oświadczenia i jak dużą przewagę uzyskuje się dzięki wiedzy na temat terminów postępowań oraz wymaganych stawianych w SIWZ.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł także, że oferta Konsorcjum GKH podlega także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, bowiem działający w imieniu Konsorcjum pełnomocnik nie został właściwie umocowany. Jednym z konsorcjantów jest spółka jawna, której współlnikiem jest wskazana jako pełnomocnik Pani W pełnomocnictwie nie zawarto jednak – w ocenie Odwołującego - umocowania do działania Pani w imieniu Zakładów Mięsnych BERGER Irena i Bonifacy Berger spółka jawna, a czynności objęte zakresem pełnomocnictwa przekraczają czynności zwykłego zarządu.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty, żądania i argumentację wskazane w odwołaniu. Dodatkowo podniósł, że Konsorcjum GKH celowo manipulowało liczbą placówek wskazanych w swojej ofercie w celu wpływu na wynik niniejszego postępowania, a potwierdzeniem powyższego jest złożone oświadczenie przez to Konsorcjum w treści zgłoszenia przystąpienia przekazanego Izbie, gdzie Konsorcjum GKH przyznało, że nie miało możliwości weryfikacji oświadczeń podmiotów trzecich co do placówek wskazanych w ofercie tego Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego potwierdzeniem takiego sposobu działania przez wskazane Konsorcjum GKH są także oświadczenia Zakładów Mięsnych Berger i firmy Lemaro z dnia 9 lipca 2012 r. załączone do zgłoszenia przystąpienia Konsorcjum GKH, w której wskazane firmy przyznają, że podpisały umowę z Sodexo na realizację bonów, co potwierdza – zdaniem Odwołującego - spełnianie wymogów SIWZ przez Odwołującego, jeśli chodzi o wskazane przez niego w ofercie placówki. Powyższe także według Odwołującego wskazuje na manipulację po stronie Konsorcjum GKH i na okoliczność, że w ofercie tego Konsorcjum wskazano niewiarygodne oświadczenia podmiotów trzecich. Na potwierdzenie takiego sposobu działania po stronie Konsorcjum GKH oraz okoliczności, iż umowy wykazane w ofercie Odwołującego i realizowane przez podmioty trzecie Zakłady Mięsne Berger I Lemaro są prawidłowe Odwołujący przedłożył do akt sprawy umowę nr 220/GPMA/99 z 30 grudnia 1999 r., zawartą z firmą Lemaro i umowę nr 10015261 z 28 lipca 2005 r., zawartą z firmą Zakłady Mięsne Berger oraz wyciąg z dokumentacji księgowej potwierdzającej realizację tych umów.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że podstawą żądania przez niego w SIWZ złożenia na druku zał. nr 8 oświadczeń podmiotów trzecich o realizacji bonów żywniowych na rzecz konkretnego wykonawcy w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne były orzeczenia KIO, które weryfikowały dotychczasową praktykę Zamawiającego w zamówieniach na dostawę bonów żywniowych. Zamawiający dotychczas bowiem oczekiwał od wykonawców przedłożenia jedynie wykazu placówek i umów. Wskazał na to, że KIO w orzeczeniach wydanych w sprawach o sygn. akt: KIO 1907/10 i KIO 1908/10 oraz KIO 371/11 wskazywało na konieczność analizy, po stronie Zamawiającego, prawdziwości przedkładanych przez wykonawców umów, gdyby bowiem okazało się, że jakieś placówki nie istnieją, należałoby, zdaniem Izby, takie wykazy zweryfikować. Izba wskazywała, że umowy nie zawsze będą dokumentami, które potwierdzają, że dane placówki istnieją, w związku z powyższym Zamawiający zażądał w niniejszym postępowaniu od wykonawców złożenia oświadczeń od podmiotów trzecich, które w sposób wyraźny miały potwierdzać realizację bonów na rzecz konkretnego wykonawcy w wyniku przedmiotowego postępowania. Zamawiający podkreślił, że w trakcie badania i oceny ofert weryfikował placówki wskazane przez 2 wykonawców: konsorcjum GKH i firmy Cheqe Dejeveu Sp. z o.o., natomiast ofertę Sodexo odrzucił, uznając jej sprzeczność z SIWZ. Podkreślił także, że Odwołujący został wezwany do uzupełnienia wskazanych oświadczeń pismem z dnia 2 maja 2012 r. i w odpowiedzi na powyższe wskazał, że placówki przywołane przez niego w ofercie zostały przez niego zweryfikowane i wszystkie istnieją oraz nie przedłożył oświadczeń wskazanych podmiotów trzecich. Co do oświadczenia złożonego przez Konsorcjum GKH w zgłoszeniu przystąpienia o tym, iż wykonawca ten nie miał pełnej możliwości weryfikacji złożonych mu oświadczeń podmiotów trzecich z uwagi na krótki termin wynikający z SIWZ Zamawiający wskazał, iż rozumie to oświadczenie w ten sposób, że podmioty trzecie w swoich oświadczeniach często wpisują, natomiast adresu placówki, adres, pod którym zarejestrowano firmę i tylko w tym zakresie Konsorcjum GKH mogło nie przeprowadzić szczegółowych ustaleń. Powyższe jednak nie może podważać okoliczności, iż dana placówka istnieje i że dany podmiot trzeci zobowiązał się do spełnienia świadczenia z tytułu realizacji bonu.

Co do oświadczeń firmy Berger i Lemaro z 9 lipca 2012 r. załączonych do zgłoszenia przystąpienia konsorcjum GKH Zamawiający wskazał, że firmy te jedynie oświadczają, że nie podpisały na rzecz Sodexo określonych oświadczeń na konkretnym druku wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ. Z treści tych oświadczeń nie wynika, że nie będą one realizować zwartych Sodexo umów. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący z pewnością nie zwrócił się do tych firm o wydanie mu oświadczeń na drukach przygotowanych przez

Zamawiającego, stąd nieuprawnione jest jego twierdzenie, że firmy te utrudniają Odwołującemu udział w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że wydane w podobnych sprawach w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na dostawy bonów orzeczenia KIO nakazywały Zamawiającemu weryfikację wskazanych przez wykonawcę placówek i dokonywanie oceny ofert, a nie wykluczanie wykonawców w takich sytuacjach, gdy następowała ta weryfikacja z powodu podania nieprawdziwych informacji. Podkreślił, że w sprawie KIO 1152/12, na którą powołuje się Odwołujący, Zamawiający w tym postępowaniu wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i Odwołujący na to żądanie je uzupełnił. Zamawiający w tym przypadku dokonywał oceny oferty Odwołującego w oparciu o przedłożone przez wykonawcę umowy i uzupełnione oświadczenia. W przedmiotowym postępowaniu zaś Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, nie uzupełnił oświadczeń, co wskazuje, iż mamy tu do czynienia z odmienną sytuacją Odwołującego, niż w sprawie KIO 1152/12.

Co do wykazu punktów w ofercie Konsorcjum GKH wskazanego w odwołaniu w zakresie pozycji: 17, 3, 37, 45, 50, 54, 10 lub 15, 19, 20 i 6 Zamawiający podniósł, iż wszystkie te pozycje zweryfikował i nie zostały one uwzględnione w ramach oceny oferty Konsorcjum GKH. Dodatkowo podkreślił, że niektóre z tych pozycji kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu były wskazane przez Odwołującego w jego ofercie, gdzie Odwołujący podkreślił, że wszystkie punkty wskazane w jego ofercie prawidłowo zweryfikował. Są to pozycje co do oferty Konsorcjum GKH: 17, 45, 50 i 20, które znalazły swoje identyczne odzwierciedlenie w ofercie Odwołującego odpowiednio w poz. 80, 82, 59, 57. Odwołujący zatem podaje 4 punkty identyczne z podanymi przez Konsorcjum GKH, co do których domaga się wykluczenia wskazanego wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że także inne pozycje wskazane przez Odwołującego w ofercie, po wizji lokalnej dokonanej przez Zamawiającego przed rozprawą, także nie spełniają wymogów SIWZ; są to punkty nieistniejące (dotyczy to poz. 3, 55). Co do poz. 86 po wizji lokalnej – według Zamawiającego - okazało się, że właścicielka oświadczyła, że nie przystąpi do realizacji bonów, w tym zakresie Sodexo w ofercie nie przedłożyło umowy.

Co do placówek wskazanych w ofercie Konsorcjum GKH, które, według Odwołującego, nie powinny być uwzględnione przez Zamawiającego, Zamawiający przyznał, że, po przeprowadzeniu wizji lokalnej w tych placówkach w dniu 19 lipca 2012 r., okazało się, że nie powinny być uwzględnione przy ocenie ofert placówki wskazane w poz. 21, 46, 53, 24 i 2. Co do poz. 11 wizja lokalna Zamawiającego potwierdziła, że placówka istnieje i spełnia wymogi SIWZ. Zamawiający podkreślił, że po weryfikacji wskazanej ilości placówek

uwzględnionych przez Zamawiającego w ofercie Konsorcjum GKH (92 placówki), odejmując nawet wskazanych 5 placówek, wykonawca uzyskałby 87 punktów. Gdyby natomiast dokonać oceny placówek wskazanych w ofercie Odwołującego i odjąć 4 placówki z pozycji 57, 59, 80 i 82, które Odwołujący kwestionował w ofercie Konsorcjum GKH, należałoby przyjąć dla Odwołującego 83 placówki, z których należałoby jeszcze odjąć placówki z poz. 3, 55 i 86 zweryfikowane po wizji lokalnej Zamawiającego, co dawałoby 80 placówek. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył do akt sprawy dokumentację fotograficzną z przeprowadzonej w dniu 19 lipca 2012 r. wizji lokalnej placówek wskazanych w ofercie Odwołującego i Konsorcjum GKH.

Co do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i pozyskania przez Konsorcjum GKH wcześniejszych informacji o postępowaniu Zamawiający podkreślił, że co do daty umowy Konsorcjum zwrócił się do tego wykonawcy z zapytaniem i udzielone przez niego wyjaśnienia są – zdaniem Zamawiającego - wiarygodne.

Co do zarzutu nieprawidłowego umocowania w ofercie Konsorcjum GKH Zamawiający wskazał na odpis z KRS znajdujący się w ofercie tego wykonawcy, gdzie na str. 16 oferty wskazano, że każdy ze wspólników spółki Berger upoważniony jest do reprezentacji.

Na pytanie zadane w toku rozprawy Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, iż podstawą odrzucenia przez niego oferty Odwołującego i uznania sprzeczności jej treści z treścią SIWZ był brak oświadczeń podmiotów trzecich, bądź innych analogicznych dokumentów, które potwierdzałyby zobowiązanie tych podmiotów do realizacji bonów żywieniowych Odwołującego w okresie wykonywania niniejszego zamówienia – a był to warunek przedmiotowy określony w pkt IX.2 SIWZ. Zamawiający wyjaśnił także, że odrzucił ofertę Odwołującego, nie dokonując jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ Odwołujący nie wykazał minimalnej ilości placówek wymaganych w przedmiotowym postępowaniu na podstawie zał. nr 1 do SIWZ, pkt 3, tj. łącznie 21 placówek.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzuty odwołania wskazują na pozbawienie Odwołującego w sposób bezpośredni możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co naraziło go tym samym na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia Konsorcjum GKH. Izba uznała, że nie dotrzymano wymogów formalnych odnoszących się do zgłoszenia przystąpienia, a wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia może być złożone w nieprzekraczalnym terminie 3 dni od dnia otrzymania odwołania w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Forma mailowa zgłoszenia przystąpienia, które dotarło do Izby we wskazanym trzydniowym terminie od wezwania przez Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, nie potwierdza spełnienia przywołanych wymogów formalnych pisemności zgłoszenia przystąpienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 23 marca 2012 r.

Zamawiający w SIWZ opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego wskazała na dwa kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) cena z wagą 30%
- 2) łączna ilość punktów (placówek) handlowych na terenie miasta Rydułtowy i miasta Pszów oraz placówek gastronomicznych na terenie miasta Rydułtowy i miasta Pszów z wagą 70%.

W załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3 Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca musi dysponować siecią placówek

gastronomicznych i handlowych realizujących bony żywieniowe na posiłki profilaktyczne oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki, w tym:

- na terenie miasta Rydułtowy – co najmniej 10 placówkami handlowymi i co najmniej 2 placówkami gastronomicznymi oferującymi w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki

- na terenie miasta Pszów – co najmniej 7 placówkami handlowymi i co najmniej 2 placówkami gastronomicznymi oferującymi w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki.

Zamawiający także w sposób szczególny określił w tym punkcie SIWZ wymogi co do obydwu rodzajów placówek.

W załączniku nr 7 do SIWZ Zamawiający określił wzór wymaganego dokumentu: „Wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zlokalizowanych w mieście Rydułtowy i mieście Pszów (...)”. W załączniku tym w formie zestawienia tabelarycznego należało wskazać konkretne placówki z oznaczeniem numerów stron oferty zawierających oświadczenia innych podmiotów lub innych dokumentów. Pod tym zestawieniem Zamawiający zamieścił uwagę, iż: *„Do wskazanego wykazu należy dołączyć oświadczenia (według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) podmiotów trzecich (placówek handlowych/gastronomicznych) lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe Wykonawcy w okresie wykonywania 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 S.A. Oddział KWK „Rydułtowy-Anna” w okresie 12 miesięcy” (nr sprawy: 231200062).”* W załączniku nr 8 do SIWZ z kolei Zamawiający określił wzór wskazanego oświadczenia podmiotu trzeciego z przywołaniem nazwy wykonawcy, treścią oświadczenia wynikającą z treści przywołanej uwagi w załączniku nr 7 do SIWZ i zestawieniem placówek gastronomicznych i handlowych.

Zamawiający w pkt IX.2) SIWZ określił, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymogom opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga dołączenia do oferty wykazu placówek według załącznika nr 7 do SIWZ.

Zamawiający ustalił na dzień 13 kwietnia 2012 r. termin otwarcia ofert. W tym terminie do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

- 1) oferta Odwołującego z łączną ilością placówek: 87 (w tym 73 handlowych i 14 gastronomicznych);

- 2) oferta Cheque Dejeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z łączną ilością placówek: 80 (w tym 63 handlowych i 17 gastronomicznych);
- 3) oferta Konsorcjum GKH z łączną ilością placówek: 102 (w tym 87 handlowych i 15 gastronomicznych).

Odwołujący do swojej oferty dołączył załącznik nr 7 wraz z wykazem placówek (str. 47 – 49 oferty) oraz plik umów zawartych według tego samego wzoru z poszczególnymi podmiotami trzecimi wskazanymi w wykazie placówek (str. 50-321 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 2 maja 2012 r. wezwał Odwołującego do uzupełniania oferty o oświadczenia według wzoru załącznika nr 8 do SIWZ podmiotów trzecich wyszczególnionych w Wykazie placówek na str. 47-49 oferty lub innych dokumentów potwierdzających, iż podmioty trzecie wyszczególnione w tym wykazie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania niniejszego zamówienia. Wskazał on Odwołującemu termin na uzupełnienie tych dokumentów do dnia 11 maja 2012 r. godz. 14.00. Odwołujący pismem z dnia 8 maja 2012 r. udzielił Zamawiającemu w tym zakresie wyjaśnień. Wskazał, że do ofert załączył zweryfikowane i aktualne kopie umów z podmiotami trzecimi, które będą realizować posiłki profilaktyczne dla pracowników KW SA Oddział KWK „Rydułtowy-Anna”. Podkreślił, że Zamawiający w SIWZ żądał przedłożenia oświadczeń podmiotów trzecich bądź innych dokumentów potwierdzających, że podmioty te będą realizować bony żywieniowe. Podkreślił, że właśnie z tego powodu, iż Zamawiający dopuścił możliwość potwierdzenia tej okoliczności innymi dowodami, Odwołujący przedłożył obowiązujące umowy zawarte z placówkami handlowymi i gastronomicznymi. Wskazał na § 1 pkt 1, § 2 pkt 1, § 13 tych umów, które wskazują na powyższe. Wskazał na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie (V Ca 3036/10), wedle którego dowód na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego leży po stronie wykonawcy i będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy, a ustawa jako przykład takiego dowodu wymienia pisemne zobowiązanie, zatem skoro Zamawiający wymagał mniej, a otrzymał więcej warunków należy uznać za spełnione.

Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2012 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (oferta Konsorcjum GKH) oraz m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał na postanowienia pkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ odnośnie wymogów wskazania określonej ilości placówek. Podkreślił, że Odwołujący do wykazu placówek zamieszonego ofercie dołączył umowy z podmiotami trzecimi, które nie potwierdzają, że podmioty te będą realizować bony żywieniowe wydawane pracownikom Oddziału KWK Rydułtowy-Anna w okresie

wykonywania przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie udowodnił w sposób przewidziany w SIWZ, że dysponuje placówkami gastronomicznymi i handlowymi na terenie wskazanym w SIWZ. Wskazał, że dla oceny oferty przyjął dla oferty Cheque Dejeuner Sp. z o.o. – 68 placówek, dla oferty Konsorcjum GKH – 86 placówek, nie uwzględniając placówek handlowych dla Rydułtowy z poz.: 17, 30, 37, 45, 50, 54, placówek handlowych dla Pszów z poz.: 10, 19, 20 i placówek gastronomicznych z poz. 6.

W piśmie z dnia 27 czerwca 2012 r. doręczonym wykonawcom Zamawiający sprostował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując m.in. ilość placówek przyjętych przez Zamawiającego do oceny w zakresie dwóch ofert: w ofercie Cheque Dejeuner Sp. z o.o. wskazał na 71 placówek, co do oferty Konsorcjum GKH – 92 placówki.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu.

W postępowaniu odwoławczym Konsorcjum GKH złożyło swoje zgłoszenie przystąpienia, do którego załączyło oświadczenia z dnia 9 lipca 2012 r. złożone przez dwóch członków Konsorcjum GKH (Zakłady Mięsne Berger Irena i Bonifacy Berger Sp. j. z siedzibą Rydułtowy i Lemaro E.i M. Ogon Sp. jawna z siedzibą w Rydułtowy). W oświadczeniach tych wskazane firmy wskazują, że podpisały w przeszłości umowy z Odwołującym na realizację bonów oraz, iż następnie nie wyraziły zgody na druku oświadczenia, zgodnie z zapisami SIWZ, na umieszczenie ich placówek handlowych na liście punktów Odwołującego do postępowania o zamówienie publiczne nr 231200062 dla pracowników KWK Rydułtowy – Anna. Podtrzymały też swoje wcześniejsze pisemne oświadczenia, że zadanie to będą realizować z Konsorcjum GKH.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ była prawidłowa.

Oferta Odwołującego nie spełniała bowiem podstawowego minimum placówek wymaganego postanowieniami pkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ, który dotyczył opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał tam minimum 12 placówek dla miasta Rydułtowy i minimum 9 placówek dla miasta Pszów, które spełniałyby wymagania SIWZ co do charakteru tych placówek i co do konieczności potwierdzenia przez podmioty trzecie (dysponentów tych placówek) realizacji bonów żywieniowych Odwołującego w całym okresie wykonywania niniejszego zamówienia publicznego. W ocenie Izby nie sposób inaczej interpretować wymogów SIWZ, w których Zamawiający domagał się potwierdzenie – właśnie przez wskazane przez wykonawcę w swojej ofercie podmioty trzecie - o realizacji bonów w

konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne i bonów konkretnego wykonawcy. Zamawiający zatem oczekiwał konkretnego oświadczenia złożonego - niezależnie od zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie - o możliwości korzystania z określonych placówek gastronomicznych i handlowych przez określone osoby w związku z konkretnym postępowaniem o zamówienie publiczne prowadzonym przez Zamawiającego. Zamawiający zatem w tym zakresie chciał uzyskać pewność co do możliwości wykorzystania tych placówek do realizacji bonów przez pracowników KW Oddział KWK „Rydułtowy – Anna”. Niewątpliwym jest, że Zamawiający w SIWZ oczekiwał w tym zakresie złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci. W tym celu przygotował wzór tego oświadczenia (Załącznik nr 8 do SIWZ). Powyższe nie oznacza oczywiście, że wykonawcy nie mogli przedłożyć Zamawiającemu określonego oświadczenia tych podmiotów trzecich w innej formie niż przewidziana technicznie przez Zamawiającego w załączniku nr 8 do SIWZ. Wypełnieniem takiej formy również mogłaby być umowa cywilnoprawna i każdy inny dokument, w którym podmiot trzeci – dysponent określonej, wskazanej w ofercie wykonawcy placówki gastronomicznej czy handlowej - złożyłby oświadczenie, z którego wynikałoby konkretna deklaracja tego podmiotu o realizowaniu bonów danego wykonawcy w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia w konkretnych placówkach gastronomicznych i handlowych. Takiego skonkretyzowanego oświadczenia Zamawiający oczekiwał od wykonawców, formułując zapisy SIWZ w tym względzie. Zamawiający nie mógł w tym zakresie także pominąć problematycznych sytuacji, z którymi spotykał się w trakcie prowadzenia innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy bonów żywnościowych także w związku z toczącymi się w tym zakresie postępowaniami odwoławczymi, kiedy wykonawcy na potwierdzenie dysponowania określoną placówką mogli składać standardowe i generalne umowy zawierane z takimi placówkami, wielokrotnie na czas nieokreślony, które nie zawsze potwierdzały aktualność wskazania takiego punktu (placówki). Uwzględniając wskazane doświadczenia Zamawiający w niniejszym postępowaniu zażądał on przedłożenia takiego konkretnego oświadczenia wykonawcy, które odnosiłoby się do możliwości spełniania świadczenia w określonym czasie, kiedy przedmiotowe zamówienia będzie przez Zamawiającego realizowane.

Skoro więc Odwołujący w swojej ofercie przedłożył jedynie standardowe, generalne umowy zawierane z określonymi placówkami gastronomicznymi i handlowymi, nawet na czas nieokreślony np. jeszcze w 1999 r. – powyższe, w ocenie Izby, nie spełniało wymogów Zamawiającego zapisanych w tym zakresie w SIWZ. Odwołujący w toku rozprawy na zadane pytanie nie był w wskazał żadnego konkretnego zapisu z przedłożonych umów, z którego wynikałaby taka konkretna deklaracja podmiotu trzeciego złożona w związku z przedmiotowym zamówieniem. Z tych też względów zasadne było – w ocenie Izby –

wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby deklarację podmiotu trzeciego do spełniania świadczenia na rzecz pracowników KW Oddziału KWK „Rydułtowy – Anna” w okresie 12 miesięcy trwania przedmiotowego zamówienia w związku z bonami żywieniowymi, których wystawcą był Odwołujący dla tego postępowania. Dokumenty te – zgodnie z ich charakterem, a także w związku z umieszczeniem ich przez Zamawiającego w katalogu dokumentów przedmiotowych w postanowieniach SIWZ (pkt IX SIWZ) – są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a więc w przypadku ich niezłożenia, bądź złożenia wraz z ofertą z określonymi błędami podlegają obligatoryjnemu wezwaniu do uzupełniania w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający skierował takie wezwanie do Odwołującego ten zaś dokumentów nie uzupełnił, wskazując jednocześnie, że przedłożone wraz z ofertą umowy stanowią wypełnienie żądania Zamawiającego, z czym Izba nie zgodziła się. Tym samym zatem zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Co do zarzutu podania przez Konsorcjum GKH w ofercie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Podkreślić należy, że podanie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę skutkuje bezwzględnie wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania po stwierdzeniu dodatkowo, że informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Przy wypełnieniu tych dwóch przesłanek, o których stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie może konwalidować oferty wykonawcy w trybie np. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czy też w drodze wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdzenie nieprawdziwych informacji podanych przez wykonawcę w postępowaniu musi mieć jednak charakter pewny i bezsporny. Powyższe powinno być w oczywisty sposób wykazane. W toku postępowania odwoławczego, w którym jakiś wykonawca zarzuca innemu wykonawcy podanie nieprawdziwych informacji w jego ofercie i wywodzi z tego tytułu daleko idące skutki prawne dla tego wykonawcy – konieczność wykluczenia go z postępowania – powinien powyższe okoliczności w sposób niepodważalny udowodnić. Za nieprawdziwe informacje zaś – w ocenie Izby – nie mogą być uznane określone informacje, co do których wykonawca składa swoje oświadczenie obiektywnie, zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, według swojej najlepszej wiedzy, którą mógł i powinien być dysponować przy zachowaniu należytej staranności w danych warunkach.

W ocenie Izby sytuacja, na którą Odwołujący wskazuje w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do Konsorcjum GKH jakoby zachowanie tego wykonawcy wypełniało dyspozycję

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający zweryfikował w niniejszym postępowaniu placówki wskazane przez wszystkich wykonawców w swoich ofertach pod kątem oceny spełniania przez te placówki szczegółowych wymogów SIWZ opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ. Taką weryfikację Zamawiający przeprowadził w odniesieniu do oferty Konsorcjum GKH, jak i oferty drugiej ocenianej w ramach kryteriów oceny ofert oferty. Oferta Odwołującego także podlegałaby takiej weryfikacji, gdyby nie została przez Zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ.

Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, że we wskazanym zakresie mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami, a nie tylko z określeniem placówek gastronomicznych i handlowych, których ocena przez wykonawcę i Zamawiającego od kątem spełniania przez nie wymogów SIWZ (opisu przedmiotu zamówienia) była odmienna. Powyższe nie może stanowić podstawy do uznania, że mamy do czynienia z podaniem nieprawdziwych informacji. Odwołujący w tym zakresie posługuje się jedynie generalnymi określeniami o stosowanej przez Konsorcjum GKH: „manipulacji, świadomym i z premedytacją podaniu nieprawdziwych informacji” opierając się *de facto* na wykazaniu, że określone placówki wskazane w ofercie Konsorcjum GKH nie potwierdzają spełniania wymogów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, nie przedstawiając żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności, iż w tym przypadku mamy do czynienia z podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne daleko idące byłyby skutki uznania, że przy wykazywanych w dziesiątkach pozycji (placówek) wykonawca nie może wskazać placówki, która w jego ocenie spełnia wymagania SIWZ, ale ocena tej placówki dokonana przez Zamawiającego będzie w tym zakresie inna.

Co do stwierdzenia Odwołującego zaprezentowanego w toku rozprawy, iż złożone w treści zgłoszenia przystąpienia przez Konsorcjum GKH oświadczenie o tym, iż wykonawca ten „nie miał możliwości pełnej weryfikacji merytorycznej poprawności tych oświadczeń” wskazuje na celowe działanie ze strony Konsorcjum GKH podania Zamawiającemu nieprawdziwych informacji, Izba uznała, że jest ono daleko idące i nieuprawnione. Wykonawca ten podkreślił, że pełna weryfikacja wskazanych oświadczeń podmiotów trzecich była pracochłonna, odnosząc to do krótkiego terminu, jaki przewidział w tym zakresie Zamawiający. Konsorcjum GKH odnosiło powyższe do treści oświadczeń podmiotów trzecich, w których wskazane są także określone dane identyfikujące ten podmiot bądź placówkę i w tym zakresie w treści oświadczeń tych podmiotów mogło dochodzić do ewentualnych nieścisłości. Brak pełnej weryfikacji odnosił się zatem do treści oświadczenia podmiotu trzeciego, a nie braku weryfikacji przez tego wykonawcę - świadomie i z premedytacją - samych placówek wskazanych w treści oferty.

Co do treści oświadczeń z dnia 9 lipca 2012 r. firm wchodzących w skład Konsorcjum GKH, załączonych do zgłoszenia przystąpienia tego wykonawcy, Odwołujący także wywodzi daleko idące i nieuprawnione wnioski. Podmioty te tylko oświadczyły, że podpisały umowę z Odwołującym na realizację bonów, czemu Odwołujący przecież nie zaprzeczał. Oświadczyły także, że nie wyraziły Odwołującemu na specjalnym druku oświadczenia wymaganego w przedmiotowym postępowaniu od podmiotów trzecich umieszczenia na liście punktów dla niniejszego postępowania ich placówek. Okoliczności, iż Odwołujący uzyskał takie oświadczenia od tych podmiotów, Odwołujący nie podnosił, stąd też trudno z powyższego wywodzić, że podmioty te celowo potwierdzają nieprawdę i wprowadzają w błąd Zamawiającego.

Co do wykazywanych w odwołaniu placówek z poz. 17, 30, 37, 45, 50, 54, 10 lub 15, 19, 20 i 6 z oferty Konsorcjum GKH to zauważyć należy, jak również w toku rozprawy podkreślił Zamawiający, że placówki te nie były brane pod uwagę przez Zamawiającego w toku oceny oferty tego wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert.

Co do placówek wskazanych w poz. 21, 46, 53, 24 i 2 sam Zamawiający w toku rozprawy - wskazując na przeprowadzoną w dniu 19 lipca 2012 r. wizję lokalną – przyznał, że placówki z tych pozycji nie potwierdzają spełniania wymogów SIWZ z opisu przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji nie powinny one być brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty Konsorcjum GKH. Powyższe potwierdzone w toku rozprawy okoliczności, wykazywane w odwołaniu jako nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum GKH nie mają jednak wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Zmniejszenie liczby 92 placówek ocenianych przez Zamawiającego w ofercie Konsorcjum GKH o 5 placówek wskazuje na łączną liczbę placówek, która powinny podlegać uwzględnieniu w ramach oceny tej oferty w liczbie 87. Tymczasem kolejna oferta oceniana przez Zamawiającego przy identycznej, jak w przypadku Konsorcjum GKH cenie ofertowej, wynosiła 71 placówek. Z tych też względów nieprawidłowość w ocenie oferty Konsorcjum GKH, do której przyznał się sam Zamawiający w toku rozprawy nie miała żadnego wpływu na wynik postępowania, stąd też – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – odwołanie nie podlegało uwzględnieniu. Wywodzenie przez Odwołującego innych skutków z podania w ofercie placówek, które nie spełniają wymogów SIWZ w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – jak wskazano powyżej – nie znajduje – w ocenie Izby – uzasadnienia.

Nie potwierdził się natomiast zarzut dotyczący placówki wskazanej w poz. 11 wykazu zawartego w ofercie Konsorcjum GKH. Zamawiający przedstawił w tym zakresie dowód z

wizji lokalnej potwierdzający istnienie takiej placówki jako spełniającej wymogi SIWZ, zaś podstawą zarzutu odwołania w tym zakresie jest jedynie twierdzenie Odwołującego, że działalność wskazaną w tej pozycji przekazano innej spółce.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu poprzez udostępnienie przez Zamawiającego Konsorcjum GKH informacji o przedmiotowym postępowaniu przed wszczęciem postępowania o zamówienie publicznego Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Podstawą tego zarzutu odwołania jest złożone przez Konsorcjum GKH w swojej ofercie umowy konsorcjum i pełnomocnictwa opatrzonej datą 1 marca 2012 r. ze wskazaniem właściwego numeru postępowania, podczas gdy przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte dopiero w dniu 23 marca 2012 r. Podkreślenia wymaga okoliczność, że powyższą nieścisłość Zamawiający wyjaśniał z Konsorcjum GKH w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę, że umowę i pełnomocnictwo miał przygotowane wcześniej, a podpisał je dopiero po ogłoszeniu postępowania, jednocześnie wpisując numery postępowania nadane niniejszemu zamówieniu, w ocenie Izby, są wiarygodne. Odwołujący wyłącznie z powyższych okoliczności wywodzi, że Zamawiający naruszył podstawowe zasady udzielenia zamówienia publicznego, nie uprawdopodobniając choćby jakiś okoliczności, które obiektywnie wskazywałyby na to, że Zamawiający przekazał Konsorcjum GKH pewne informacje o postępowaniu wcześniej przed innymi wykonawcami. Okoliczności wskazane w odwołaniu - w ocenie Izby - są niewystarczające dla potwierdzenia zarzutu. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wskazane dokumenty w ich brzmieniu, tj. ze wskazaniem oznaczenia numerycznego postępowania, istniały jako podpisane dokumenty przed ich złożeniem w ofercie Konsorcjum GKH, a co najmniej przed 23 marca 2012 r. Tymczasem wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez Konsorcjum GKH - w ocenie Izby - są wiarygodne. Stawiany w tym zakresie zarzut odwołania opiera się wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego, który zarzutu w żaden sposób nie udowadnia, a to na nim spoczywa ciężar dowodowy.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum GKH jako podpisanej przez osobę nieuprawnioną Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. W treści oferty Konsorcjum GKH na str. 15 - 17 znajduje się odpis z KRS firmy Zakłady Mięsne Berger Irena i Bonifacy Berger Spółka Jawna, gdzie na str. 16 oferty w rubryce wskazanego odpisu dotyczącej zasad reprezentacji wpisano, że każdy ze współników spółki Berger upoważniony jest i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki oraz reprezentowania spółki

samodzielnie bez ograniczeń. Wśród współników tej spółki wskazano Panią, która podpisała złożoną Zamawiającemu ofertę. Tym samym zarzut odwołania nie znajduje żadnego potwierdzenia i z tych względów podległ oddaleniu przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego.

Przewodniczący: