

WYROK
z dnia 30 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2012 r. przez **Odwołującego** – Chèque Déjeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Kompania Węglowa SA z siedzibą w Katowicach

przy udziale Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Chèque Déjeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Chèque Déjeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 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. 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

I. Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „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 „Bolesław Śmiały” w okresie 25 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 13 lipca 2012 r., poz. 2012/S 133-222311 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19 listopada 2012 r. **Chèque Déjeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty i dokonanie wyboru oferty Sodexo Motiviaton Solutions Polska Sp. z o.o. pomimo, że oferta Odwołującego przedstawia korzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosil o:

- 1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności treści SIWZ, zapytań i wyjaśnień do SIWZ, ofert wykonawców oraz pytań i wyjaśnień dotyczących ofert, a także informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
- 2) uwzględnienie odwołania;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert;
- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego;
- 7) zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nieprecyzyjnie uzasadnił swoją

decyzję o wykluczeniu go z postępowania. W piśmie wskazano numery placówek, jednakże Odwołujący zauważył, że numery te w wykazie powtarzają się. Przykładowo placówek handlowych o nr 8 jest dwie (jedna dla miasta Łaziska Górne druga dla powiatu mikołowskiego). Ze względu na nieprecyzyjne uzasadnienie decyzji Zamawiającego, Odwołujący zmuszony był poczynić pewne założenia. Przyjęto, że w uzasadnieniu wykluczenia chodzi o te placówki, których dotyczyła wcześniejsza korespondencja. Gdyby tak jednak nie było, to Odwołujący podnosi, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej brak uzasadnienia lub niedostateczne uzasadnienie wykluczenia lub odrzucenia oferty jest samoistną podstawą do uwzględnienia odwołania. Jest tak, gdyż brak uzasadnienia takich decyzji uniemożliwia bądź istotnie utrudnia obronę praw wykonawcy.

Po drugie, Odwołujący ustosunkował się do zakwestionowanych przez Zamawiającego placówek:

1. *W przypadku 15 placówek Zamawiający stwierdził, że posiada wiedzę „wynikającą z przeprowadzonych wizji lokalnych placówek oraz oświadczeń właścicieli tych placówek, że placówki te nie realizują i nie będą realizować bonów żywieniowych emitowanych przez wykonawcę, w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia”. Dotyczy to placówek z poz. 6, 7, 10, 11, 18, 19, 20, 31, 50, 51, 52 (numery placówek podane zgodnie z wykazem placówek załączonym do oferty Odwołującego) wykazu. Odwołujący zwracał uwagę, że jest to 12 a nie 15 placówek. W czasie wglądu do dokumentacji postępowania Zamawiający udostępnił Odwołującemu oświadczenia właścicieli placówek, w których osoby te oświadczyły, że nie realizują bonów Odwołującego.*

W odniesieniu do tej grupy placówek Odwołujący podnosił, że ma zawarte z placówkami umowy. Umowy te zostały przedstawione Zamawiającemu przy piśmie z 19 września 2012 r. Umowy są prawnie wiążące, nie zostały wypowiedziane, ani w inny sposób rozwiązane. Przedstawione oświadczenia nie mogą więc być dowodem na złożenie nieprawdziwych informacji o dysponowaniu placówkami. Odwołujący dysponował i dysponuje tymi placówkami na mocy udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego i umów zawartych przez firmę Subiekt. Oświadczenia właścicieli nie mogą zmienić tej oceny, gdyż nie wywołują one żadnych skutków prawnych, umowy nadal są wiążące.

2. *Placówka nr 40*

W odniesieniu do placówki Zamawiający podał, że placówka nie istnieje, pod jej adresem jest sklep wielobranżowy, placówka nie odpowiada definicji placówki

handlowej określonej w SIWZ.

Odwołujący podnosił, że placówka była przedmiotem wyjaśnień z 19 września 2012 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień odnośnie tej placówki pismem z 13 września 2012 r. twierdząc, że pod tym adresem znajduje się SKOK. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że istotnie placówka nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż jest to sklep wielobranżowy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na postanowienia pkt XIV SIWZ. W punkcie tym Zamawiający opisał, w jaki sposób będzie postępować w przypadku jeśli w toku badania ofert dostrzeże błędy w wykazie placówek. Postanowienia te miały na następujące brzmienie: "Zamawiający, w przypadku stwierdzenia - wg stanu na dzień otwarcia ofert - błędów w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych, wdroży postępowanie wyjaśniające przewidziane dyspozycją art. 26 ust. 4 uPzp, a następnie skoryguje wykaz placówek nie uznając placówek w następujących przypadkach:

- a) *placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej określoną w pkt 3) załącznik nr 1 SIWZ;*
- b) *placówka jest remontowana,*
- c) *placówka została przeniesiona pod inny niż wskazany w wykazie adres,*
- d) *placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych,*
- e) *placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych.*

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".

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zaszyły przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Fakt, że wskazano placówkę, która nie spełnia wymagań SIWZ nie świadczy od razu o złożeniu nieprawdziwych informacji. W odniesieniu do tej placówki doszło do omyłki, a nie podania nieprawdziwej informacji. W takich przypadkach Zamawiający powinien dokonać korekty wykazu zgodnie z zasadami, które opisał w pkt XIV SIWZ. W odniesieniu do trzeciego uczestnika przetargu - P.W. "URASOL" Sp. z o. o. Zamawiający nie zastosował sankcji wykluczenia, mimo, że nie uznał jego placówki z poz. 1.

Odwołujący podnosił, że w wieloletniej praktyce Zamawiającego, akceptowanej przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stosowano zasadę, że nie każda omyłka czy błąd w wykazie jest podaniem nieprawdziwych informacji, i nie skutkuje wykluczeniem lecz korektą wykazu placówek. Jako dowód na poparcie tej tezy Odwołujący przedstawiał wyniki poprzednich postępowań na podobny przedmiot zamówienia, z których wynika, że Zamawiający przeprowadzał korekty wykazu placówek, bez uwzględnienia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

3. *Placówka nr 54*

W odniesieniu do tej placówki Zamawiający wskazał, że "placówka nie istnieje. Pod wskazanym adresem znajduje się dom mieszkalny. Brak wyjaśnień Wykonawcy dotyczących zmiany adresu tej placówki".

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia kwestii adresu placówki. A zgodnie z orzecznictwem KIO, należy rzetelnie wyjaśnić podstawy takich decyzji, korzystając z instytucji wyjaśnień dokumentów i treści oferty. Uznaje się, że choć formalnie przepisy art. 26 ust. 3 i art. 87 Prawa zamówień publicznych wskazują na uprawnienie Zamawiającego, to jednak wymóg rzetelnej oceny ofert prowadzi do wniosku, że Zamawiający powinien z tych instytucji korzystać przed podjęciem tak radykalnych decyzji.

Zamawiający w piśmie z 13 września 2012 r. co prawda pytał o tę placówkę, jednakże wskazał ją wśród kilkudziesięciu innych opatrując komentarzem, że ma informacje, iż placówka nie będzie realizować bonów Odwołującego. Lakoniczność i enigmatyczność wezwania do wyjaśnień nie pozwoliła Odwołującemu na wyjaśnienie kwestii adresu placówki. Stąd też niezaliczenie tej placówki, z uwagi na nieskorzystanie z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, stanowi naruszenie tego właśnie przepisu.

Odwołujący powoływał się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m. in. na orzeczenie sygn. akt KIO 487/12 z 27 marca 2012 r.: "Art. 87 ust. 1 p.z.p., (...) kreuje dla zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości do co treści złożonej oferty, w szczególności, gdy treść dokumentów pozostaje niespójna."

4. *Placówka nr 52*

W odniesieniu do tej placówki Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że na dzień 7 sierpnia 2012 r. (termin składania ofert) nie było aktywnej umowy, a w wyjaśnieniach z 19 października przedstawiono umowę z 11 marca 2003 r. i oświadczenie, że placówka była aktywna na dzień 8 sierpnia 2012 r.

Odwołujący podnosił następujące okoliczności: W odniesieniu do tej placówki w wezwaniu z 13 września 2012 r. Zamawiający stwierdził, iż ma wiedzę o tym, że placówka nie będzie akceptować bonów emitowanych przez Odwołującego. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił umowę zawartą z Subiekt Sp. z o.o. i oświadczenie tego podmiotu o udostępnieniu potencjału. Od razu trzeba zaznaczyć, że była to umowa z roku 2009 r. a nie 2003 jak twierdzi Zamawiający. Następnie w piśmie z 17 października 2012 r. Zamawiający po raz kolejny w enigmatyczny sposób stwierdził, że przedstawione umowy nie gwarantują, iż placówka będzie realizować bony

Odwołującego, nie wyjaśniając w ogóle dlaczego ma wątpliwości w tym zakresie. W wyjaśnieniach z 19 października 2012 r. Odwołujący wyjaśnił, że placówka istniała i realizowała bony na dzień składania ofert, jednakże właściciel placówki złożył wypowiedzenie umowy. Rozwiązanie umowy na skutek wypowiedzenia nastąpiło jednak po terminie składania ofert. Na dowód tego Odwołujący przedstawił dokument wypowiedzenia (umowę przedstawiono już wcześniej) i oświadczenie właściciela placówki, że na dzień 8 sierpnia 2012 r. placówka akceptowała bony Odwołującego.

Zamawiający zdaje się opiera swoją decyzję na tym, że oświadczenie to wskazywało dzień następujący po dniu składania ofert. Istotnie omyłkowo wskazano w oświadczeniu datę 8 a nie 7 sierpnia. Należy jednak stwierdzić, że skoro umowa o współpracy została zawarta w 2009 r. i rozwiązana z końcem sierpnia 2012 r. to była wiążąca na dzień składania ofert (7 sierpnia 2012 r.), co w sposób oczywisty wynika z przedłożonego dokumentu umowy i jego wypowiedzenia. Co więcej z przedłożone oświadczenie jak najbardziej potwierdza ten fakt. Jest bowiem oczywiste, że skoro właściciel placówki wskazuje, że umowa była "aktywna" na dzień 8 sierpnia, to tym bardziej była aktywna na dzień wcześniejszy (7 sierpnia 2012 r.).

Powyższe wskazuje, że nie doszło do podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do tej placówki.

5. *Placówka gastronomiczna nr 3 "Pod Białym Orłem"*

W odniesieniu do tej placówki Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że placówka jest nieczynna w poniedziałki i tym samym nie odpowiada definicji placówki gastronomicznej. Uprzednio, w piśmie z 13 września 2012 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że placówka nie serwuje posiłków w poniedziałki, a tym samym nie spełnia wymagań SIWZ. Odwołujący w odpowiedzi przyznał, że placówka nie serwuje posiłków w poniedziałki.

Nie oznacza to jednak, że doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie może tu być mowy o nieprawdziwych informacjach. Odwołujący podnosił, że ma zawartą umowę z placówką. Placówka istnieje, działa, akceptuje bony Odwołującego, a więc Odwołujący dysponuje tą placówką. Placówka jedynie nie spełnia wymogu, by była czynna wszystkie dni robocze. Jak wskazano powyżej, zgodnie z pkt XIV SIWZ należało w takiej sytuacji dokonać korekty wykazu.

6. *Placówka gastronomiczna nr 5 Pawilon Handlowo Gastronomiczny ZOŚKA*

W odniesieniu do tej placówki Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że placówka nie serwuje regularnych posiłków; w sprzedaży są frytki, dwa rodzaje hamburgerów i placki ziemniaczane; placówka nie odpowiada definicji placówki

gastronomicznej. Wiedzą tą Zamawiający uzyskał od Odwołującego. Uprzednio, w piśmie z 13 września 2012 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że placówka nie świadczy usług gastronomicznych. W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że placówka wycofała się z serwowania regularnych posiłków; w sprzedaży pozostały frytki, dwa rodzaje hamburgerów i placki ziemniaczane.

Nie oznacza to jednak, że doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie może tu być mowy o nieprawdziwych informacjach. Odwołujący ma zawartą umowę z placówką. Placówka istnieje, działa, akceptuje bony Odwołującego, a więc Odwołujący dysponuje tą placówką. Placówka jedynie nie spełnia wymogu, by serwowała co najmniej 5 potraw (serwuje 4). Co istotne ograniczenie menu nastąpiło w ostatnim czasie, nie wykluczone, że już po terminie składania ofert. Jak wskazano powyżej, zgodnie z pkt XIV SIWZ należało w takiej sytuacji dokonać korekty wykazu.

7. *Placówka gastronomiczna nr 7 Dwa Stawy*

W odniesieniu do tej placówki Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że placówka jest czynna tylko w sezonie letnim; placówka nie odpowiada definicji placówki gastronomicznej. Wiedzę tą Zamawiający uzyskał od Odwołującego. Uprzednio, w piśmie z 13 września 2012 r. Zamawiający twierdził, że placówka w ogóle nie świadczy usług gastronomicznych. W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że placówka działa jedynie w sezonie letnim i tym samym nie spełnia wymogów SIWZ.

Nie oznacza to jednak, że doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie może tu być mowy o nieprawdziwych informacjach. Odwołujący ma zawartą umowę z placówką. Placówka istnieje, działa choć nie całorocznie, akceptuje bony Odwołującego, a więc Odwołujący dysponuje tą placówką. Placówka jedynie nie spełnia wymogu, by działała całorocznie. Jak wskazano powyżej, zgodnie z pkt XIV SIWZ należało w takiej sytuacji dokonać korekty wykazu.

8. *Placówka gastronomiczna nr 10 Kebab Shrek*

W odniesieniu do tej placówki Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że Odwołujący nie dysponuje placówką, a wezwany do wyjaśnień nie przedstawił oświadczenia właściciela. Przede wszystkim należy podkreślić, że SIWZ nie wymagała przedstawiania jakichkolwiek oświadczeń właścicieli placówki, więc z faktu, że nie przedłożono takiego oświadczenia nie można wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków.

W piśmie z 13 września 2012 r. Zamawiający twierdził, że ma wiedzę, iż placówka nie realizuje bonów emitowanych przez Odwołującego. W odpowiedzi przedstawiono umowę z tą placówką. Następnie w piśmie z 17 października 2012 r. Zamawiający

stwierdził, że umowa nie jest wystarczającym dowodem i w sposób nieuprawniony zażądał oświadczenia właściciela, choć SIWZ nie przewidywało tego typu dokumentu. Odwołujący poinformował, że nie jest w stanie uzyskać tego oświadczenia w wyznaczonym terminie i poprosił o prolongatę terminu. Następnie 4 dni później przesłał stosowne oświadczenie właściciela placówki. Nie może więc być wątpliwości, że Odwołujący placówką dysponuje. Fakt, że oświadczenie właściciela przedstawiono kilka dni później pozostaje bez znaczenia, gdyż po pierwsze Zamawiający nie miał prawa żądać tego oświadczenia, a przedstawienie go było jedynie wyrazem dobrej woli Odwołującego, po drugie w chwili oceny ofert Zamawiający dysponował już tym oświadczeniem.

9. *Placówki gastronomiczne 8 i 9*

W odniesieniu do tych placówek Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że posiada wiedzę, iż placówki nie będą realizować bonów Odwołującego. W piśmie z 13 września 2012 r. Zamawiający twierdził, że placówki nie będą realizować bonów emitowanych przez Odwołującego. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił umowy z placówkami i zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdzające fakt dysponowania.

W odniesieniu do tych placówek należy podnieść, że Wykonawca ma zawarte z placówkami umowy. Umowy te zostały przedstawione Zamawiającemu przy piśmie z 19 września 2012 r. Umowy są prawnie wiążące, nie zostały wypowiedziane ani w inny sposób rozwiązane. Odwołujący dysponował i dysponuje tymi placówkami na mocy udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego i umów zawartych przez firmę Subiekt. Informacje posiadane przez Zamawiającego są błędne i nie mogą podważyć prawnie wiążących umów.

Reasumując Odwołujący podkreślał, że Zamawiający zakwestionował 21 placówek. Odwołujący podnosił, że w związku z tym Zamawiający stwierdził: „Po dokonanej weryfikacji ilości placówek, którymi dysponuje Wykonawca (zgodnie z zapisami SIWZ pkt. XIV) oferta Wykonawcy w rankingu ilości placówek (...) spadła z pozycji pierwszej na pozycję drugą - ilość placówek uznanych przez Zamawiającego w ofercie Wykonawcy spadła z 157 na 136. Wobec powyższego Zamawiający stwierdza, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.”

W większości przypadków Zamawiający twierdzi, że placówki nie będą realizować bonów Odwołującego. Twierdzenie to jest jednak bezpodstawne, gdyż odwołujący ma zawarte umowy z tymi placówkami. Jedynie w 4 przypadkach należało dokonać korekty wykazu, gdyż przedstawione placówki nie spełniały definicji zawartej w SIWZ. Nie oznacza to jednak, że podano nieprawdziwe informacje. Stosownie do postanowień SIWZ i utartej praktyki należało w takiej sytuacji dokonać korekty wykazu. Niezależnie od tego należy podnieść, że

korekta wykazu o te 4 placówki nie miała i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, a pozycja Odwołującego w rankingu ofert nie uległaby zmianie. Tym samym decyzja o wykluczeniu Odwołującego jest błędna i powinna zostać zweryfikowana.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i na rozprawie wnosił o jego oddalenie w całości. Podtrzymał stanowisko wyrażone w decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 9 listopada 2012 r. Złożył odpowiedź na odwołanie na rozprawie do protokołu. Podnosił, że uzasadnienie decyzji było wystarczające, wynikało z wcześniejszej korespondencji z Odwołującym, a treść odwołania potwierdza, że Odwołujący dokładnie znał podstawy nieuznania konkretnych placówek. Odnośnie 12 placówek wymienionych w pkt 9 na str. 5 odwołania Zamawiający powziął wątpliwość, czy realizują one bony Odwołującego. W związku z czym w odpowiedzi na wezwanie otrzymał zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów przez Subiekt sp. z o.o. Podnosi, że jest to odrębny od Odwołującego podmiot, przy czym Odwołujący w ofercie na str. 8 wskazał, że nie zamierza powierzyć części zamówienia podwykonawcom, dlatego Zamawiający zaczął dociekać, czy placówki z którymi Subiekt ma zawarte umowy o realizacji jego bonów (zwraca uwagę na postanowienia tychże umów z których wynika waga wzoru załączonego bonu, a jest to bon firmy Subiekt), stąd obawa czy placówki te będą realizować bony emitowane przez Odwołującego. W specyfikacji był wyraźny zapis, że dla punktacji należy ująć w wykazie placówki realizujące bony emitowane przez wykonawcę, a Subiekt nie jest wykonawcą w tym postępowaniu. Ostatecznie po kolejnych wyjaśnieniach i uzyskaniu oświadczeń od właścicieli placówek, że nie realizują oni bonów żywieniowych Odwołującego, Zamawiający nie zaliczył tych placówek, a ponadto uznał, że w tym zakresie podano nieprawdziwe informacje. Zauważa, że oświadczenia przedłożone przez Odwołującego na rozprawie zawierają oświadczenia o realizacji bonów Odwołującego/Subiekt, co oznacza, że wcale nie wynika z nich, że realizują bony Odwołującego. Ponadto wskazuje na datę wydania tych oświadczeń – nie jest wykluczone, że w dacie złożenia oświadczenia placówka realizuje bony Odwołującego. Nadto oświadczenia te są złożone po upływie zawitego terminu na składania wyjaśnień. Wskazuje, że odnośnie placówki 10 Odwołujący nie kwestionował wezwania, a oświadczenie właściciela złożył po upływie terminu zakreślonego w wezwaniu.

Co do pkt 40, 3, 5 i 7 nie ma sporu, ponieważ Odwołujący przyznał w odwołaniu, że placówki te nie spełniają wymogów SIWZ.

Co do placówki 54 wskazano w ofercie adres, pod którym to adresem Zamawiający ustalił, że nie jest prowadzona taka działalność, jak wymagana w SIWZ, dlatego więcej o tą placówkę nie pytał. Odwołujący potwierdził, że w tym miejscu nie ma punktu podlegającego ocenie.

Odnosnie placówki nr 52 w oświadczeniu z 18.10.2012 r. wskazano datę aktywności i jest to data po terminie składania ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Sodexo Motiviaton Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący), który poparł stanowisko Zamawiającego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, i Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania, a placówki przedstawione przez niego w załączniku do oferty podlegałyby punktacji – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W zakresie podnoszonych zarzutów, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena oraz łączna ilość punktów (placówek): handlowych i gastronomicznych na terenie miasta Łaziska Górne i powiatu mikołowskiego (bez miasta Łaziska Górne)

Ponieważ bonów nie można oferować za cenę o wartości innej, niż nominalna, o miejscu w rankingu ofert decydowała ilość placówek, spełniających wymagania Zamawiającego.

2. Na stronie 8 SIWZ Zamawiający uprzedził, iż „w przypadku stwierdzenia - wg stanu na dzień otwarcia ofert - błędów w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych, wdroży postępowanie wyjaśniające, przewidziane dyspozycją art. 26 ust. 4 uPzp, a następnie skoryguje wykaz placówek nie uznając placówek w następujących przypadkach:

- a) placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej określoną w pkt 3) załącznik nr 1 SIWZ ;
- b) placówka jest remontowana,
- c) placówka została przeniesiona pod inny niż wskazany w wykazie adres,

- d) placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych nie istnieje;
- e) placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych została zlikwidowana.

3. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1, Zamawiający wymagał, zgodnie z pkt IX SIWZ, dołączenia do oferty:

1) Wzorów bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na posiłki profilaktyczne (oryginały lub kserokopie) o nominałach żądanych przez Zamawiającego, zawierających w szczególności pozostałe dane, których żąda Zamawiający, a o których mowa w Załączniku nr 1 do SIWZ.

2) Wykazu placówek handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe, zlokalizowanych w mieście Łaziska Górne i powiecie mikołowskim (bez miasta Łaziska Górne) oferujących w sprzedaży produkty spożywcze lub gotowe posiłki (Załącznik nr 7 do SIWZ).

3) Oświadczenia Wykonawcy, że dysponuje/ będzie dysponował placówkami handlowymi/ gastronomicznymi wyszczególnionymi w wykazie placówek, o których mowa w pkt. 2, zlokalizowanymi w mieście Łaziska Górne i powiecie mikołowskim (bez miasta Łaziska Górne), oferującymi w sprzedaży artykuły spożywcze lub gorące posiłki. Przez „dysponuje/ będzie dysponował placówkami handlowymi/ gastronomicznymi” Zamawiający rozumie, że Wykonawca posiada aktualne umowy zawarte z podmiotami trzecimi bądź inne dokumenty potwierdzające, że punkty handlowe/gastronomiczne będą realizowały bony emitowane przez Wykonawcę, w okresie realizacji zamówienia pod nazwa: „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. Oddziału KWK „Bolesław Śmiały” w okresie 25 miesięcy” (nr sprawy: 051200306).

4. Odwołujący wskazał w wykazie załączonym do oferty 157 placówek. Ponieważ Przystępującemu uwzględniono 149 placówek (zgodne oświadczenie Stron do protokołu), aby zająć pierwsze miejsce w rankingu ofert, Odwołujący musiałby wykazać, że co najmniej 150 placówek z jego wykazu spełnia wymagania Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający (bądź Przystępujący) w toku postępowania odwoławczego wykazałby, że wymagań nie spełni co najmniej 7 placówek z oferty Odwołującego, to w takim wypadku jego oferta nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

5. Co do placówek 3, 5, 7, 40 Odwołujący przyznał w odwołaniu, że nie spełniają one wymogów Zamawiającego.

6. Odnośnie 12 placówek – Odwołujący po wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie zobowiązuje do udostępnienia niezbędnych zasobów z dnia 3 sierpnia br. (Subiekt Sp. z o.o.), tj. placówek handlowych i gastronomicznych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia i zobowiązuje się, że bony emitowane przez Chèque Déjeuner będą realizowane w placówkach, z którymi Subiekt ma zawarte umowy o współpracy w zakresie akceptacji bonów. Załączono umowy wiążące Subiekt Sp. z o.o. z właścicielami placówek, w których właściciel zobowiązuje się do akceptowania bonów emitowanych przez Subiekt Sp. z o.o. Równocześnie Odwołujący w odniesieniu do tych placówek w odwołaniu twierdził, że „ma zawarte z placówkami umowy”.

7. Bony emitowane przez Odwołującego nie są realizowane w 12 placówkach (zgodnie z oświadczeniami złożonymi przez właścicieli placówek, uzyskanymi przez Zamawiającego w toku postępowania weryfikacyjnego). Od właścicieli placówek Odwołujący uzyskał oświadczenie, że realizują oni bądź będą realizować bony żywieniowe „Chèque Déjeuner Sp. z o.o./Subiekt Sp. z o.o.”.

8. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, bony żywieniowe, realizowane w placówkach z wykazu, muszą być emitowane przez Wykonawcę (pkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ); kwestia ta nie była sporna.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego i stanowisk Stron, Izba stwierdziła, co następuje: w toku postępowania odwoławczego Izba bierze pod uwagę dokumentację obecnego postępowania, a nie dokumentacje innych, podobnych postępowań. Zatem, choć dotychczasowa praktyka Zamawiającego mogła być inna, to Izba przesądzając znaczenie przypisuje treści SIWZ obowiązującej w postępowaniu, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie. Dlatego Izba nie wzięła pod uwagę sposobu weryfikacji wykazu placówek, stosowanego przez Zamawiającego w innych postępowaniach.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że Odwołujący do odwołania załączył szereg przykładów postępowania Zamawiającego w razie ustalenia, że dana placówka nie spełnia jego wymogu, jednak nie wskazał, czy poprzednich postępowaniach Zamawiający w SIWZ zawarł postanowienie identyczne, jak na stronie 8 SIWZ. Skoro w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający uprzedził, że będzie weryfikować placówki z wykazu, a w razie ustalenia, że placówka nie spełnia konkretnych wymagań, uzna, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, a postanowienie to nie zostało zakwestionowane w drodze środków ochrony prawnej we właściwym terminie, to trudno na obecnym etapie zarzucać Zamawiającemu, że postąpił zgodnie z SIWZ. Można

rozważać, czy takie zastrzeżenie, jak na stronie 8 SIWZ jest zgodne z przepisami – ale biorąc pod uwagę okoliczność, że o wygranej w postępowaniu decyduje liczba placówek, to oczywiste jest, że wskazanie w wykazie placówek niespełniających wymogów ma wpływ na wynik postępowania. To na wykonawcy ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności, aby dane z wykazu były rzetelne i zgodne z rzeczywistością. Tymczasem sam Odwołujący przyznał, że 4 placówki nie spełniają wymogów Zamawiającego. Można dyskutować, czy de facto te 4 placówki miały wpływ na wynik postępowania – mogły mieć, gdyby Zamawiający ich nie zweryfikowałby (bądź zweryfikowałby nieprawidłowo), w takiej sytuacji 4 placówki, co do których Odwołujący przyznał, że nie odpowiadają definicji placówki gastronomicznej byłyby uwzględnione w punktacji. Zatem podanie nieprawdziwych informacji w odniesieniu do placówki ujętej w wykazie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zwracał uwagę w odwołaniu, że Zamawiający inaczej potraktował innego wykonawcę – nie wykluczył go z powodu podania nieprawdziwych informacji, ale jedynie skorygował wykaz („W odniesieniu do trzeciego uczestnika przetargu - P.W. "URASOL" Sp. z o. o. Zamawiający nie zastosował sankcji wykluczenia, mimo, że nie uznał jego placówki z poz. 1.”). Jeżeli uchybienie innego wykonawcy miało analogiczny zakres (a Odwołujący nie opisał w odniesieniu do P.W. "URASOL" Sp. z o. o. stanu faktycznego), jak podanie nierzetelnych informacji przez Odwołującego, Zamawiający powinien potraktować wykonawców w sposób jednakowy – nierówne traktowanie wykonawców stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Niemniej jednak, jeżeli doszło do takiego naruszenia, to nie miało to wpływu na wynik postępowania (oferta Urasol nie została uznana za najkorzystniejszą).

Ponadto Izba doszła do wniosku, że również 12 placówek, co do których Odwołujący legitymował się zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci – Subiekt Sp. z o.o., równocześnie twierdząc w odwołaniu, że ma (Odwołujący) zawarte z tymi placówkami umowy, nie spełnia wymogów Zamawiającego co do możliwości realizacji bonów Odwołującego. Zatem, nawet gdyby uznać, że Odwołujący nie powinien być wykluczony z postępowania, to wymogów Zamawiającego nie spełnia łącznie co najmniej 16 placówek (4 przyznane przez Odwołującego i 12 realizujących bony Subiekt) – a więc oferta Odwołującego nie byłaby w prowadzonym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą (157 placówek z wykazu należałoby zredukować o 16, a więc Odwołujący posiadałby 141 placówek – mniej, niż Przystępujący), a w konsekwencji odwołanie i tak podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jako pozostające bez związku z wynikiem postępowania.

Odnosnie 12 placówek, co do których Odwołujący legitymował się zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci – Subiekt Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że nie mogą one zostać uwzględnione w punktacji placówek zgodnych z wymogami Zamawiającego. Nie było

sporne, i nie było przedmiotem zarzutów, że Odwołujący spełnił samodzielnie warunki udziału w postępowaniu. Przepis art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych pozwala na posługiwanie się zasobami podmiotu trzeciego w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, i to w zakresie spełnienia warunków minimalnych, a nie dla podwyższenia punktacji. Liczba placówek nie stanowiła warunku udziału w postępowaniu; zgodnie z SIWZ stanowiła treść oferty – w placówkach z wykazu będą realizowane bony żywieniowe w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia. Można byłoby ewentualnie rozważyć, czy dopuszczalne byłoby posługiwanie się podwykonawcą w tym postępowaniu, jednak Odwołujący w ofercie nie deklarował, że zamierza wykonać część zamówienia przy pomocy podwykonawcy (na stronie 8 oferty w tym zakresie wskazano „nie dotyczy”). W tym stanie rzeczy nie można było brać pod uwagę przy punktowaniu placówek, co do których Odwołujący w toku wyjaśnień wykazał, że to Subiekt Sp. z o.o. posiada umowy, pozwalające na realizację bonów Subiekta w tychże placówkach.

Należało jeszcze przeanalizować zagadnienie, czy – niezależnie od oświadczenia Subiekt o udostępnieniu zasobów – możliwe jest realizowanie bonów emitowanych przez Chèque Déjeuner Sp. o.o. w spornych 12 placówkach.

Jak wskazano wyżej, przedmiotem zamówienia są bony emitowane przez wykonawcę (zgodnie z ofertą Odwołującego - Chèque Déjeuner Sp. z o.o.), muszą być one realizowane w placówkach objętych wykazem. Bony emitowane przez Odwołującego nie są realizowane w 12 placówkach (zgodnie z oświadczeniami złożonymi przez właścicieli placówek, uzyskanymi przez Zamawiającego w toku postępowania weryfikacyjnego). Od właścicieli placówek Odwołujący uzyskał oświadczenia, że realizują oni bądź będą realizować bony żywieniowe „Chèque Déjeuner Sp. z o.o./Subiekt Sp. z o.o.”, jednak oświadczenia takiej treści nie potwierdzają, że placówki te będą realizować bony Chèque Déjeuner Sp. z o.o. – znak „/” należy czytać, podobnie jak spójnik „lub”, co należy rozumieć, że placówki te akceptują bony emitowane przez Subiekt Sp. z o.o. Powyższe rozumienie oświadczeń jest zgodne z pozostałymi dokumentami przedłożonymi Zamawiającemu przez Odwołującego w toku postępowania wyjaśniającego – w szczególności z zobowiązaniem podmiotu trzeciego – Subiekt Sp. z o.o. I załączonymi do zobowiązania umowami łączącymi Subiekt Sp. z o.o. z placówkami. Z powyższych dokumentów nie wynika w żaden sposób, że placówki będą realizowały bony emitowane przez Chèque Déjeuner Sp. z o.o., a jedynie – bony Subiekt Sp. z o.o. W ocenie Izby Subiekt Sp. z o.o. nie ma legitymacji, aby zobowiązywać się do realizacji bonów Odwołującego w imieniu właścicieli placówek – tj. do składania oświadczenia w imieniu osób trzecich, zupełnie nie związanych z postępowaniem. Na powyższą ocenę nie może mieć wpływu oświadczenie Odwołującego złożone na rozprawie, że Subiekt Sp. z o.o. jest częścią grupy kapitałowej, do której należy Odwołujący, a bony emitowane przez niego są opatrzone logo Subiekt. Z tego faktu nie wynika

okoliczność, że bony Subiekt Sp. z o.o. są równocześnie bonami Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący nie wykazał, że realizowanie bonów Subiekt Sp. z o.o. w 12 placówkach jest równoznaczne z realizowaniem bonów Odwołującego.

Powyższe rozważania dotyczą również placówek nr 8 i 9.

Odnosnie prowadzonego przez Zamawiając postępowania wyjaśniającego – rzeczywiście Zamawiający nie miał prawa żądać dokumentów, potwierdzających że oferowane dostawy spełniają jego wymagania, jeżeli te dokumenty nie były wymagane w SIWZ. Jednak należy zauważyć, że Zamawiający w SIWZ przewidział weryfikację placówek – jeżeli weryfikacja przeprowadzona przez Zamawiającego dała wynik negatywny, w wyniku czego zwrócił się on o wyjaśnienie wątpliwości do wykonawcy – to w interesie wykonawcy leżało rozwianie wszelkich wątpliwości Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie. Biorąc pod uwagę czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, nie doszło ani do naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych ani art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych takiego, które miałyby wpływ na wynik postępowania. Nawet gdyby uwzględnić w punktacji, mimo wątpliwości – choćby co do rzetelności czy staranności w podawaniu informacji – pozostałe placówki, o których mowa w odwołaniu (10, 52, 54), to fakt ten byłby bez związku z wynikiem postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do takich naruszeń przepisów ustawy, które miałyby wpływ na wynik postępowania, i na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oddaliła odwołanie.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....