

Sygn. akt: KIO 1171/11

WYROK
z dnia 16 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Chèque Déjeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach**

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

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **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 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę bonów żywniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Jankowice, KWK Chwałowice, KWK Marcel, KWK Rydułtowy-Anna w okresie 12 miesięcy.*

W dniu 3 czerwca 2011 r. wykonawca Chèque Déjeuner Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:

- dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- dokonanie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywniowych na realizację posiłków profilaktycznych, a opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, że bony te służą realizacji obowiązków pracodawcy (Zamawiającego) w zakresie zapewnienia posiłków profilaktycznych pracownikom. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279) może to nastąpić poprzez korzystanie z posiłków w punktach gastronomicznych lub przyrządzanie posiłków z zakupionych produktów. Odwołujący podniósł, że ww. przepisy obie formy zapewniania posiłków profilaktycznych traktują równorzędnie, tymczasem Zamawiający w sposobie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w kryteriach oceny ofert preferuje tylko jedną z tych form.

W odniesieniu do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga dysponowania siecią 95 punktów (placówek), w tym:

- 91 placówek handlowych (rozumianych jako placówki, których główną działalnością jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wnętrze jest dostępne dla ogółu konsumentów),

- 4 gastronomicznych (rozumianych jako placówki, których przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż gorących posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym co najmniej 15 miejsc siedzących).

Powyższa dysproporcja między wymaganą liczbą placówek handlowych i gastronomicznych, zdaniem Odwołującego, nie odzwierciedla regulacji prawa pracy, nie jest uzasadniona merytorycznie i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Przepisy na równi traktują korzystanie z posiłków w punktach gastronomicznych i przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie, zatem Zamawiający nie ma – zdaniem Odwołującego – merytorycznego uzasadnienia, aby preferować punkty handlowe, a podejście Zamawiającego jest dyskryminujące dla tych wykonawców, którzy w swojej działalności kładą szczególny nacisk na współpracę z placówkami gastronomicznymi. W efekcie dysponują szeroką siecią placówek gastronomicznych, co w naturalny sposób prowadzi do zmniejszenia liczby placówek handlowych. Wykonawcy ci – mogą w świetle przywołanych przepisów prawa pracy – należycie zrealizować cele zamówienia, tj. zapewnić właściwe posiłki profilaktyczne. Jednocześnie ze względu na nieuzasadnione preferowanie placówek handlowych ta grupa wykonawców ma utrudniony dostęp do zamówienia.

Odwołujący podniósł, że określenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu wyłonienie wykonawców zdolnych do należytej realizacji zamówienia, jednakże niedopuszczalne jest zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę realizacji wskazanego celu. Ponieważ cel zamówienia (zapewnienie posiłków profilaktycznych) może być realizowany zarówno przez placówki handlowe jak i placówki gastronomiczne, ograniczenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia jest, zdaniem Odwołującego, nieuzasadnione, a zastosowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału nie jest w wystarczającym stopniu związany z przedmiotem zamówienia i nie jest do niego proporcjonalny.

Odwołujący podniósł ponadto, że opis warunków dotyczący liczby placówek w powiecie raciborskim i mieście Racibórz jest nieprecyzyjny. Zamawiający zapisał w SIWZ, że wymaga co najmniej 4 punkty (placówki) handlowych oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki. Takie sformułowanie – zdaniem Odwołującego – nie przystaje do podanej definicji placówki handlowej, której przedmiotem działalności jest sprzedaż artykułów spożywczych, a nie gotowych posiłków, ani do definicji placówki gastronomicznej, w której nie dochodzi do sprzedaży produktów spożywczych. W efekcie nie wiadomo jakich placówek oczekuje Zamawiający dla powiatu Raciborskiego, co rodzi ryzyko wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt XXIII SIWZ kryteriami tymi są cena (waga 30%) oraz ilość punktów (placówek) ogółem na terenie wymienionym w tabeli formularza ofertowego (waga 70%). Zamawiający wymagał, aby do oferty załączyć dwa wykazy oferowanych placówek – na załączniku 4a *Oferowane placówki do spełnienia warunku udziału* i na załączniku 4b *Oferowane placówki ogółem (bez ujętych załączniku 4a)*. Placówki oferowane w załączniku 4b służyć mają do dokonania oceny ofert w kryterium liczby punktów (placówek). W kryterium tym Zamawiając będzie przyznawał punkty wyłącznie za placówki ogólnospożywcze, bez placówek gastronomicznych, co wynika to z brzmienia załącznika 4b (kolumna 4 – oceniane) oraz z definicji punktu ocenianego zawartej załączniku 4b i formularzu oferty, zgodnie z którą *Punktem ocenianym (kolumna 4) może być wyłącznie placówka, która oferuje jednocześnie minimum 3 z niżej wymienionych artykułów spożywczych: a) nabiał, b) pieczywo, c) mięso, wędliny, d) napoje, e) warzywa i owoce.*

Zdaniem Odwołującego, uwzględnienie w kryterium oceny ofert jedynie placówek handlowych, z pominięciem placówek gastronomicznych, stanowi przejaw nierównego traktowania, poprzez dyskryminację tych wykonawców, którzy w szerokim zakresie czy też głównie dysponują placówkami gastronomicznymi. Wykonawcy ci z powodzeniem mogą zrealizować cel zamówienia – zapewnić posiłki profilaktyczne. Jednakże na skutek przyjętego kryterium oceny ofert ta grupa wykonawców jest gorzej traktowana, co realnie zmniejsza szanse na uzyskanie zamówienia. Jest to tym bardziej istotne, że w postępowaniach na dostawę bonów nie jest możliwa konkurencja cenowa. Sytuacja taka – w ocenie Odwołującego – nie ma merytorycznego uzasadnienia w potrzebach zamawiającego ani w przepisach prawa pracy regulujących wydawanie posiłków profilaktycznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji treści ogłoszenia oraz SIWZ poprzez szersze dopuszczenie placówek gastronomicznych do oceny w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaliczanie do kryterium oceny ofert „ilość punktów (placówek) ogółem na terenie wymienionym w tabeli formularza ofertowego” także placówek gastronomicznych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Opisując sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, Zamawiający, w pkt XI SIWZ zamieścił wymóg dysponowania siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe,

oferujących w sprzedaży produkty spożywcze (placówki handlowe) i gotowe posiłki (placówki gastronomiczne) na terenie:

- powiatu Rybnickiego z wyłączeniem miasta Rybnik: co najmniej 28 punktów (placówek) handlowych w tym co najmniej 2 punkty (placówki) handlowe w Gminie Świerklany,
- miasta Rybnik: co najmniej 15 punktów (placówek) handlowych, co najmniej 1 punkt (placówka) gastronomiczna w dzielnicy Rybnik Chwałowice, co najmniej 2 punkty (placówki) gastronomiczne w dzielnicy Rybnik Boguszowice,
- powiatu Wodzisławski Śl.: miasto Wodzisław Śl. co najmniej 10 punktów (placówek) handlowych, miasto Pszów co najmniej 6 punktów(placówek) handlowych, miasto Radlin co najmniej 5 punktów(placówek) handlowych oraz co najmniej, 1 punkt (placówka) gastronomiczna, miasto Rydułtowy 7 punktów (placówek) handlowych i co najmniej 1 punkt (placówka) gastronomiczna, Gorzyce co najmniej 1 punkt (placówka) handlowa, Czyżowice co najmniej 1 punkt (placówka) handlowa, Rogów co najmniej 1 punkt (placówka) handlowa, Markłowice co najmniej 1 punkt (placówka) handlowa, Godów co najmniej 1 punkt (placówka) handlowa, Olza co najmniej 1 punkt (placówka) handlowa, Skrzyszów co najmniej 1 punkt(placówka) handlowa, Gołkowice co najmniej 1 punkt(placówka) handlowa,
- gmina i miasto Żory – co najmniej 5 punktów (placówek) handlowych,
- gmina i miasto Jastrzębie Zdrój –co najmniej 4 punkty (placówek) handlowe,
- powiat Raciborski i miasta Racibórz – co najmniej 4 punkty (placówki) handlowe.

Zamawiający zdefiniował placówkę gastronomiczną jako placówkę, której przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż gorących posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym co najmniej 15 miejsc siedzących. Natomiast placówka handlowa została zdefiniowana jako placówka, której główną działalnością jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wewnątrz jest dostępne dla ogółu konsumentów. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że do placówek gastronomicznych oraz handlowych nie zalicza się ruchomych punktów sprzedaży detalicznej i automatów sprzedażowych

W pkt XXIII SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena brutto – 30%, ilość punktów (placówek) ogółem na terenie wymienionym w tabeli formularza ofertowego (bez punktów stanowiących warunek udziału określony w ust. XI punkt 2 SIWZ) – 70%. Zamawiający przyjął następujące zasady oceny ofert w kryterium liczby placówek: w kryterium tym punktowane będą placówki, które oferują jednocześnie minimum trzy z niżej wymienionych artykułów spożywczych: a) nabiał, b) pieczywo, c) mięso, wędliny, d) napoje, e) warzywa i owoce. W kryterium tym będą brane pod uwagę tylko punkty dodatkowe (bez

punktów wymaganych stanowiących warunek udziału określony w ust. XI punkt 2 SIWZ). Zamawiający obliczy sumę uzyskanych punktów oferty badanej jako sumę punktów wynikającą z przemnożenia ilości punktów(placówek) wskazanych przez Wykonawcę przez wagę przydzieloną przez Zamawiającego dla każdej pozycji od 1 do 20 (zgodnie z tabelą w punkcie XXII.2 SIWZ, w której wskazano lokalizację placówek i wagę punktową dla każdej lokalizacji, od 1 do 2 punktów).

Z brzmienia załącznika 4b do SIWZ wynika, że oceniane przez Zamawiającego w kryterium liczby placówek mają być *placówki ogólnospożywcze*, które – zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego na rozprawie – rozumiane są wyłącznie jako placówki handlowe.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia (jako wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu), a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Istota sporu między stronami sprowadza się do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji przyjętego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Bezpodstawne jest jednak utożsamianie tego zakazu z koniecznością odejścia przez Zamawiającego od takiego określenia przedmiotu zamówienia, który zapewni, że będzie ono odpowiadać jego potrzebom i pozwoli osiągnąć zamierzony cel. Podkreślić należy, że to Zamawiający decyduje, zakupu jakich dostaw czy usług chce dokonać, a wykonawca, powołując się na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie może dyktować Zamawiającemu, jaki przedmiot najlepiej spełnia jego oczekiwania i w związku z tym – jakie warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert ustalić.

W ocenie Izby Zamawiający miał prawo, po przeanalizowaniu własnych potrzeb, określić w sposób dla siebie dogodny, w jakich placówkach i w jakim zakresie mają być realizowane bony żywieniowe. Określenie proporcji między liczbą placówek handlowych i gastronomicznych było uzasadnione specyfiką pracy osób, które mają z tych posiłków korzystać (osobami korzystającymi z posiłków w przeważającej części mają być osoby pracujące pod ziemią, a zatem mające bardzo ograniczoną możliwość spożywania posiłków

w punktach zlokalizowanych poza ich miejscem pracy) i dotychczasowymi doświadczeniami Zamawiającego (Zamawiający wykazał na rozprawie, że do tej pory jedynie około 1% bonów żywieniowych realizowany był w placówkach gastronomicznych, co oznacza, że pracownicy mając możliwość wyboru między dwiema formami nabywania posiłków, wybierali realizację bonów w punktach handlowych).

Należy zgodzić się z Odwołującym, że celem przedmiotowego zamówienia jest realizacja obowiązków pracodawcy w zakresie zapewnienia posiłków profilaktycznych, jednakże Izba wskazuje, że cel ten powinien być osiągnięty nie tylko w sposób zgodny ze stosownymi przepisami prawa, ale również w sposób najbardziej dogodny dla Zamawiającego. Faktem jest, że – jak twierdził Odwołujący – przepisy rozporządzenia dopuszczają obie formy posiłków jako równorzędne. Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, jeżeli pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, może zapewnić w czasie pracy: 1) korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych, 2) przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów. Powyższe nie obliguje jednak Zamawiającego do zachowania jakichkolwiek proporcji pomiędzy ww. formami zapewnienia posiłków. Ustalenie tych proporcji zależne jest od potrzeb Zamawiającego i specyfiki pracy osób, których posiłki mają być zapewnione.

Bez znaczenia jest wykazywane przez Odwołującego fakt, że we wcześniejszych postępowaniach Zamawiający równorzędnie traktował obie formy zapewnienia posiłków profilaktycznych dla pracowników. Mogło to odpowiadać ówczesnym potrzebom Zamawiającego lub przeciwnie – nie sprawdziło się w praktyce, co uzasadniło zmianę w tym zakresie. Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany do opisywania przedmiotu zamówienia w taki sam sposób, jak we wcześniejszych postępowaniach dotyczących podobnych zamówień. W związku z powyższym okoliczność, którą Odwołujący wykazywał, składając specyfikacje z wcześniejszych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W związku z wykazaną powyżej możliwością określenia przedmiotu zamówienia w sposób preferujący jedną z dostępnych form zapewnienia posiłków profilaktycznych, dopuszczalne i uzasadnione było opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający, że wykonawca realizujący zamówienie posiada odpowiedni potencjał w postaci umów z określoną liczbą preferowanych przez Zamawiającego placówek. Warunek ten jest związany z przedmiotem zamówienia i jest do niego proporcjonalny (odpowiada on dokładnie oczekiwaniom Zamawiającego co do zakresu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji), co jest zgodne z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Z faktu, że dany wykonawca nie

spełnia określonych przez Zamawiającego warunków lub spełnia je w stopniu obniżającym jego szanse na uzyskanie zamówienia, nie można wywodzić naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeśli Odwołujący z określonych powodów skupił się w prowadzonej działalności na jednej z form realizacji bonów żywieniowych, to stanowi to jego ryzyko gospodarcze i nie daje podstaw do skutecznego domagania się – wbrew uzasadnionym potrzebom Zamawiającego – zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie uzasadnione jest – jako odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego – przyjęcie kryterium oceny ofert, w którym możliwe jest uzyskanie punktów za wykazanie się dodatkowymi placówkami handlowymi. Zamawiającemu przysługuje, w granicach określonych ustawą Pzp, swoboda wyboru kryteriów oceny ofert (przepis art. 91 ust. 2 ustawy nie ustala ich zamkniętego katalogu, wymieniając jedynie przykładowe kryteria). Skoro Zamawiający uznał, że chce zapewnić pracownikom korzystanie z posiłków profilaktycznych przede wszystkim poprzez nabywanie gotowych produktów, to dopuszczalne i racjonalne jest uwzględnienie przy ocenie ofert stopnia spełniania tego oczekiwania Zamawiającego.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego co do konieczności doprecyzowania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do liczby placówek handlowych na terenie powiatu raciborskiego i miasta Racibórz. Kwestia dotycząca znaczenia użytego w SIWZ sformułowania *posiłki gotowe* była przedmiotem wyjaśnień udzielonych na pytanie jednego z wykonawców (wyjaśnienia zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu rozprawy). W ocenie Izby treść tych wyjaśnień eliminuje wszelkie wątpliwości co do przedmiotowego postanowienia SIWZ. Wynika z nich jednoznacznie, że sporne postanowienie dotyczy placówek handlowych, z dodatkowym wymogiem oferowania posiłków gotowych do spożycia bez konieczności dalszego przetwarzania lub obróbki. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest to sprzeczne z przyjętą przez Zamawiającego definicją placówek handlowych i gastronomicznych. W przypadku tych drugich chodzi bowiem o możliwość zakupu (m.in. na wynos) nie tylko gotowych, ale i gorących posiłków.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodniczący: