

Sygn. akt: KIO 371/11

**WYROK**

**z dnia 9 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant : Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania z **24 lutego 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 56**

przy udziale wykonawcy **Chèque Déjeuner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Górczewska 124**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie,**

2) Kosztami postępowania obciąża **Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25** tytułem wpisu od odwołania
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 56** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę bonów (kuponów) żywieniowych uprawniających do pozyskania produktów w celu przyrządzania posiłków profilaktycznych dla pracowników JSW S.A. KWK „Jas-Mos” zostało wszczęte przez zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 56 ogłoszeniem o zamówieniu w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego w dniu 22 listopada 2011r. oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2010r. za numerem 2010/S 229-350399.

W dniu 16 lutego 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i podał, że za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Chèque Déjeuner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Górczewska 124 (wykonawca wybrany).

W dniu 24 lutego 2011r. odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej wniósł Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25 (odwołujący) zarzucając zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i dokonanie wyboru niezgodnie z kryteriami określonymi przez zamawiającego w siwz, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.-dalej ustawy) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty, art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w siwz, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo tego, że złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w siwz. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy wybranego i uznanie jego oferty za odrzuconą i o dokonanie oceny oferty wykonawców niepodlegających wykluczeniu ani odrzuceniu oraz o wybranie oferty odwołującego. W uzasadnieniu odwołujący przywołał pkt 12 specyfikacji technicznej załącznik nr 1 do siwz, zgodnie z którym zamawiający wymagał dołączenia do oferty wykazu placówek handlowych i gastronomicznych spełniający wymagania określone w specyfikacji technicznej, zawierającego nazwę, adres (ulicę, miasto i dzielnicę, jeżeli jest wymagana), powiat, a także branżę danej placówki oraz wskazał, że w pkt 2 i 3 specyfikacji

technicznej zamawiający podał definicje placówki handlowej oraz placówki gastronomicznej. Odwołujący powołał także jako dowody w sprawie pismo zamawiającego do wykonawcy wybranego z dnia 28 stycznia 2011r., w którym zamawiający oczekiwał wyjaśnień, co do dokładnego adresu części placówek wskazanych w ofercie wykonawcy wybranego, oraz odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 2 lutego 2011r., z której wynika, że nie każdy punkt handlowy lub usługowy musi podać obowiązkowo numer administracyjny. W ocenie odwołującego nie wskazanie numeru administracyjnego placówki eliminuje taką placówkę, jako spełniającą wymogi siwz. Odwołujący na poparcie swego stanowiska powołał wyrok Izby wydany w sprawie sygn. akt KIO/1907/10 i KIO/1908/10.

Odwołujący podniósł, że z powodu braku numeru powinny być odliczone z wykazu wykonawcy wybranego 82 placówki, co przedstawił w zestawieniu tabelarycznym (tabela nr 1), z którego wynika, że kwestionowane są 82 pozycje wykazu przy czym kilka poza brakiem numeru administracyjnego także z powodu braku wskazanej placówki pod podanym adresem, likwidacji, braku wnętrza dostępnego dla klientów, braku wskazanego adresu w danym mieście, innego niż wymagany rodzaju branży, czy zdublowania pozycji.

Wskazał, że z powodu braku podania dzielnic w miejscowościach Jastrzębiu-Zdroju, Rybniku, Żorach, Wodzisławiu Śląskim zamawiający powinien być odliczyć wykonawcy wybranemu 260 placówek ujętych w tabeli nr 2. Podał, że według informacji uzyskanej ze Starostwa Powiatowego Rybnik nie ma na terenie powiatu miejscowości Czerwionka, Dębieńsko, Leszczyny, Niedobczyce, Jastrzębie Borynia, Orzepowice i miejscowości te nie występują także w pozostałych powiatach/gminach wymaganych przez zamawiającego, co według odwołującego, oznacza, że zamawiający nie powinien być uwzględnić wykonawcy wybranemu 38 placówek (tabela nr 3). Podniósł, że w Wodzisławiu Śląskim nie ma ulicy Przemysłowej, co zdaniem odwołującego, oznacza, że zamawiający nie powinien być uwzględnić 3 kolejnych placówek wykonawcy wybranego (tabela nr 4), a w powiecie cieszyńskim nie ma miejscowości Jastrzębie –Szeroka i Ustroń Śląski, co eliminuje 3 placówki (tabela nr 5) i w powiecie raciborskim nie ma miejscowości Rudy Wielkie, Nędza Rogol, Markowice, co eliminuje 3 placówki (tabela nr 6), zaś na terenie Rybnika i Cieszyna nie ma ulicy Targowisko, a w Rydułtowach ulicy Raclawickiej i w powiecie Rybnickim miejscowości Rydułtowy, co eliminuje dalsze 5 placówek (tabela nr 7), a także na terenie powiatów wodzisławskiego i żorskiego nie ma miejscowości Krzyżowice i Żory Zdrój, co powinno skutkować odliczeniem 2 placówek (tabela nr 8).

Odwołujący podniósł także, iż 46 placówek nie można odnaleźć pod wskazanym adresem np. z powodu braku placówki na podanej ulicy, braku podanej ulicy, likwidacji lokalu, lub

faktu, że placówka ma dopiero powstać, co według odwołującego, powoduje konieczność ich odliczenia (tabela nr 9).

Ponadto odwołujący podniósł, że zgodnie z rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2700/98 z dnia 17 grudnia 1998r. dotyczącym cech statystyk strukturalnych dotyczących przedsiębiorstw nie można uznać za osobny punkt usługowy kilku stoisk znajdujących się w jednym budynku (pod jednym adresem) i będących własnością jednego podmiotu i z tego względu, zdaniem odwołującego, należy pominąć 12 placówek podanych przez wykonawcę wybranego, bo z kilku podanych punktów usługowych należy policzyć tylko jeden, co obrazuje tabela nr 10. Odliczeniu także powinny podlegać placówki zlikwidowane, których według odwołującego wykonawca wybrany podał 46 (tabela nr 11). W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że z wykazu wykonawcy wybranego należy także odliczyć placówki innych branż niż gastronomiczna i spożywcza, a także te placówki gastronomiczne, które są barami piwnymi bez przygotowywania posiłków na miejscu i na wynos, nie posiadających miejsc siedzących i placówek handlowych, których wewnątrz nie jest dostępne dla konsumentów, co powinno powodować odliczenie 49 placówek – tabela nr 12. Ponadto odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 12 specyfikacji technicznej załącznika nr 1 do siwz zamawiający wymagał, aby placówki gastronomiczne i handlowe były w odpowiedni sposób oznakowane poprzez zamieszczenie w widocznym miejscu naklejek z logo firmy realizującej bony (kupony) żywieniowe, a 158 placówek według oświadczeń ich właścicieli nie akceptuje bonów i nie zamieściło oznaczenia, co powinno skutkować odliczeniem tych pozycji z wykazu wykonawcy wybranego (tabela nr 13). Odwołujący powołał także wyjaśnienia zamawiającego do siwz z dnia 16 grudnia 2010r., zgodnie z którymi przedmiot zamówienia opisany jest w oparciu o rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. nr 60 poz. 279), a placówkę zlokalizowaną w przyczepie samochodowej lub na samochodzie dostawczym zamawiający miał traktować jako ruchomy punkt sprzedaży detalicznej. Odwołujący powołał także wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO/1907/10 i 1908/10, a także wskazał, że zgodnie z § 6 pkt 2 cyt. rozporządzenia posiłki powinny być wydawane w czasie regulaminowych przerw w pracy w zasadzie po 3 – 4 godzinach pracy. Z powyższego odwołujący wywiódł, że wymogów specyfikacji technicznej nie spełniają placówki gastronomiczne, które nie mają możliwości dostarczenia gorącego posiłku na wynos na teren zakładu JSW SA KWK JAS-MOS lub możliwości wyjścia pracownika w trakcie przerwy na zewnątrz w celu spożycia posiłku w lokalu, a więc 195 placówek wskazanych w tabeli nr 14.

Według odwołującego zamieszczenie kwestionowanych placówek w wykazie miało służyć uzyskaniu wyższej punktacji, a w konsekwencji uzyskaniu zamówienia w sposób

nieuprawniony, gdyż podano informacje nieprawdziwe. Podniósł, że on i wykonawca wybrany konkurowali między sobą jedynie w kryterium liczby placówek, bo za kryterium cena uzyskali tę samą ilość punktów. Z tego powodu nieuwzględnienie kwestionowanych przez odwołującego 682 placówek podanych przez wykonawcę wybranego zmieniłoby wynik postępowania. Odwołujący wskazał na swój interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż gdyby zamawiający nie zaliczył wykonawcy wybranemu kwestionowanych placówek, to odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 31 stycznia 2011r. udzielone przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie odpisem z KRS załączonym do odwołania. Z odpisu z KRS wynika także, iż w dniu 10 stycznia 2011r. doszło do zarejestrowania zmiany firmy odwołującego z Sodexo Pass Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 24 lutego 2011r. i w tym dniu doręczona osobiście w siedzibie zamawiającego.

W dniu 24 lutego 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 lutego 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na potrzebie ochrony swojej pozycji jako wykonawcy wybranego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez prokurenta samoistnego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji wykonawcy wybranego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w tym samym dniu faksem.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania w tym z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz, wyjaśnień treści siwz, oferty wykonawcy wybranego, protokołu postępowania wraz z załącznikami, wezwania do wyjaśnień skierowanego do wykonawcy wybranego z dnia 28 stycznia 2011r. i odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 2 lutego 2011r., wykazów miejscowości krajowego Rejestru Urzędowego Podziału Terytorialnego Kraju w wskazie miejscowości objętych wykazem, spisów ulic Świerklany, Rybnik 1 i 2, Wodzisław Śląski,

Rydułtowy, Pszów i Cieszyn, 3 oświadczeń właścicieli placówek powołanych w tabeli 13, dokumentacji zdjęciowej złożonych przez odwołującego na rozprawie oraz dowody przedłożone przez przystępującego na rozprawie tj. wyciągi z umów w zakresie placówek wskazanych w tabelach 9, 10 i 12, oświadczeń właścicieli placówek o akceptacji bonów przystępującego i nierealizowaniu ich z uwagi na nie funkcjonowanie bonów w obrocie, dwóch paragonów z terenu miasta Warszawy, informacji ze stron internetowych Urzędów Miast i Gmin z terenu objętego zamówieniem.

W pkt. III siwz zamawiający podał, że szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa specyfikacja techniczna stanowiąca załącznik nr 1 do siwz, a przedmiot zamówienia winien spełniać wszystkie wymagania ujęte w siwz. Zgodnie z pkt. XIV.16. siwz wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty wykaz placówek handlowych i gastronomicznych, w którym wskażą placówki handlowe i gastronomiczne spełniające wymagania określone w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do siwz), zawierający nazwę punktu handlowego i gastronomicznego, adres (ulicę, miasto), powiat i branżę, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do siwz. Przedmiotowy wykaz miał się stać załącznikiem nr 1 do przyszłej umowy. W pkt. XVII siwz zamawiający wskazał, że kryterium oceny ofert z wagą 5% będzie liczba placówek. Podał, że punktacji podlega liczba placówek handlowych i gastronomicznych wskazanych przez wykonawcę w załączniku do oferty. Zamawiający zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz wymagał wskazania minimum 100 placówek handlowych i gastronomicznych realizujących bony (kupony) żywieniowe na terenie powiatów : Jastrzębie Zdrój, Rybnik, Wodzisław Śląski, Żory, Cieszyn, Racibórz i gminy Pawłowice. W tym w szczególności w każdej z poniżej wymienionych miejscowości i ich dzielnicach wykonawca miał wskazać minimum 1 placówkę handlową lub 1 placówkę gastronomiczną realizującą bony (kupony) w każdej z nich :

- Jastrzębie Zdrój – dzielnice : Zdrój, Osiedle III, Osiedle IV, Osiedle V, Osiedle VI, Osiedle Przyjaźń Bzie, Moszczenica, Ruptawa, Szeroka,
- Zebrzydowice,
- Skrzyszów,
- Gołkowice,
- Godów,
- Rogów,
- Gorzyce,

- Chybie,
- Pawłowice,
- Wodzisław Śląski – dzielnice : Centrum, Wilchwy, Osiedle Piastów, Osiedle XXX-lecia, Jodłownik, Osiedle 26 marca,
- Żory – dzielnice : Centrum, Osiedle Sikorskiego, Osiedle Pawlikowskiego, Osiedle Powstańców Śl., Osiedle Ks. Władysława,
- Rybnik – dzielnice – Centrum, Chwałowice, Boguszowice, Gotartowice, Wielopole, Golejów,
- Pszów,
- Radlin,
- Rydułtowy,
- Brenna,
- Cieszyn,
- Racibórz.

Zamawiający miał przyznać wykonawcy, który wskaże największą liczbę placówek 5 pkt., a pozostałym wykonawcom odpowiednio mniej. Wykonawcom, którzy wskazaliby mniej niż 100 placówek spełniających wymagania miało być przyznane zero punktów.

W załączniku nr 1 zamawiający podał następujące wymogi :

- w pkt 2 – definicję placówki handlowej – tj placówki, której główną działalnością jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniach, których wnętrze jest dostępne dla konsumentów,
- w pkt 3 – definicję placówki gastronomicznej – tj. placówki, której przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym miejsca siedzące,
- w pkt 4 zamawiający wskazał, że do placówek handlowych i gastronomicznych nie zalicza ruchomych punktów sprzedaży detalicznej i automatów sprzedażowych,



- w pkt 12 zamawiający postawił wymóg załączenia do oferty wykazu placówek handlowych i gastronomicznych realizujących bony (kupony) żywieniowe, w którym wskażą placówki handlowe i gastronomiczne spełniające wymagania określone w specyfikacji technicznej, zawierający nazwę, adres (ulicę, miasto i dzielnicę, jeśli jest wymagana), powiat, a także branżę danej placówki. Placówki, będą w odpowiedni sposób oznakowane – w szczególności poprzez zamieszczenie w widocznym miejscu naklejek z logo firmy realizującej bony (kupony) żywieniowe.

- w pkt 17 – bony (kupony) żywieniowe stanowiące przedmiot zamówienia umożliwiły nabycie wyłącznie produktów żywnościowych w celu przyrządzania posiłków profilaktycznych (posiłki, artykuły spożywcze, napoje bezalkoholowe).

W załączniku nr 3 do siwz – wykaz placówek handlowych i gastronomicznych – zamawiający zażądał wskazania nazwy punktu handlowego/gastronomicznego, adresu punktu handlowego/gastronomicznego, powiatu, branży.

W dniu 10 grudnia 2010r. zamawiający zmienił siwz w zakresie pkt. XVII siwz oraz pkt 1 załącznika nr 1 do siwz wskazując prawidłowe nazwy dzielnic Jastrzębia Zdrój – dzielnice : Zdrój, Osiedle Arki Bożka, Osiedle Barbary, Osiedle Chrobrego, Osiedle Gwarków, Osiedle Morcinka, Osiedle Staszica, Osiedle Przyjaźń, Bzie, Moszczenica, Ruptawa, Szeroka, Wodzisławia Śląskiego w miejsce Centrum wskazując – stare Miasto, a w miejsce Osiedla 26 marca – Nowe Miasto, w Żorach i Rybniku w miejsce dzielnicy Centrum – Śródmieście oraz dodając nową miejscowość Świerklany. W dniu 16 grudnia 2010r. zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców wyjaśnił :

- pytanie nr 3 czy do placówek gastronomicznych będą zaliczane bary piwne, puby, night-cluby, dyskoteki i inne lokale tego typu, których głównym przedmiotem działalności jest sprzedaż alkoholu, rozrywka, oraz czy do placówek gastronomicznych będą zaliczane hotele, pensjonaty, zajazdy, schroniska, których głównym przedmiotem działalności są usługi noclegowe – zamawiający odpowiedział, że do placówek gastronomicznych zaliczać będzie placówki, których przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym miejsca siedzące.

- pytanie nr 4 czy za ruchomy punkt sprzedaży detalicznej będzie zaliczana placówka zlokalizowana na przyczepie samochodowej lub na samochodzie dostawczym – zamawiający odpowiedział twierdząco,

- pytanie nr 5 – czy opisany w siwz przedmiot zamówienia został opisany w oparciu o rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. IU. Nr 60 poz. 279) zamawiający odpowiedział twierdząco.

W ofercie wykonawcy wybranego wykaz placówek handlowych i gastronomicznych znajduje się na stronach 40- 63 i zawiera 1221 pozycji.

Faksem w dniu 18 stycznia 2011r. odwołujący poinformował zamawiającego, że 267 placówek wskazanych przez wykonawcę wybranego nie spełnia wymogów siwz. Zamawiający w dniu 21 stycznia 2011r. postanowił pozostawić to pismo bez odpowiedzi. W kolejnym piśmie z dnia 7 lutego 2011r. odwołujący zakwestionował dalszych 90 placówek i w piśmie z 15 lutego 2011r. kolejne 142 placówki. Te pisma także zamawiający postanowił pozostawić bez odpowiedzi.

W dniu 28 stycznia 2011r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy czy podane w piśmie placówki wskazane przez wykonawcę wybranego spełniają wymogi specyfikacji technicznej, gdyż według zamawiającego placówki wskazane w podanych w piśmie pozycjach (lit. a) mają ten sam adres, a zatem czy są to różne placówki działające pod tym samym adresem, czy omyłkowo powtórzone, placówki z lit b pisma nie zawierają dokładnego adresu i konieczne jest wyjaśnienie czy posiadają nazwę i numer ulicy oraz czy spełniają wymogi pkt 2 i 3 specyfikacji technicznej, placówki z lit c nie posiadają dokładnego adresu, a więc konieczne jest wyjaśnienie czy posiadają dokładny adres, a placówki wskazane w lit d znajdują się poza terenem wymaganym przez zamawiającego.

W dniu 3 lutego 2011r. wykonawca wybrany złożył wyjaśnienia i wskazał, że placówki podane przez zamawiającego w literze a) są to różne placówki zarejestrowane pod tym samym adresem, co do litery b) wskazał, że nie każdy punkt handlowy lub usługowy musi posiadać obowiązkowo numer administracyjny, decyzję o jego nadaniu podejmuje gmina, a wszystkie placówki wskazane w literze b) spełniają wymagania pkt 2 i 3 specyfikacji technicznej, dla placówek z litery c w części zaktualizowano adres, a pozostały zakresie wskazano jak dla litery b) brak nadania numeru administracyjnego przez gminę, a dodatkowo wskazano oznaczenia pawilonów, które oznaczane są literami PU, PH, PO. Dla placówek z litery d wyjaśnił, że omyłkowo podał te placówki, gdyż znajdują się one w powiatach sąsiadujących z terenem wskazanym przez zamawiającego.

Zgodnie z wnioskiem Komisji Przetargowej do zamawiającego o zatwierdzenie informacji o wyborze postępowania zamawiający podał, że zakwalifikował jako spełniającego jego

wymagania 1210 placówki podane przez wykonawcę wybranego, zaś pozostałych 11 uznał za niespełniające wymagań tj. 3 poza obszarem terytorialnym, 2 zawiesiły działalność, a 6 nie spełnia wymagań z pkt 2 i 3 specyfikacji technicznej. W analogiczny sposób zamawiający potraktował ofertę odwołującego, uznając za spełniające wymogi 1188 placówki, a 10 za niespełniające, w tym 1 placówka zdublowana, a 9 niespełniających wymagań pkt 2 i 3 specyfikacji technicznej.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w postępowaniu poza odwołującym i wykonawcą wybranym nie zostały złożone inne oferty, a oferta odwołującego została sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu ofert, a przyznana obu ofertom w kryterium cena punktacja była jednakowa. Wykonawcy konkurowali ze sobą w kryterium – liczba placówek i odwołującemu przyznano 0,10 punktu mniej niż wykonawcy wybranemu. Uwzględnienie zatem odwołania powodowałoby wyeliminowanie wykonawcy wybranego z postępowania i umożliwienie odwołującemu uzyskanie zamówienia. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego, co zarzuca odwołujący, może być przyczyną poniesienia przez odwołującego szkody w postaci utraty zysku zakładanego w przypadku udzielenia mu zamówienia publicznego. Tym samym Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w siwz, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo tego, że złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w siwz.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie uznaje za prawidłowe stanowiska zamawiającego wyrażonego na rozprawie, że nie weryfikował szczegółowo treści wykazów. Skoro zamawiający uznał, że ilość placówek handlowych i gastronomicznych spełniających

wymogi załącznika nr 1 do siwz – specyfikacji technicznej ma dla niego tak istotne znaczenie, że z jednej strony określił warunek minimalnej ilości placówek, od której uzależnił przyznanie punktów, a z drugiej z liczby placówek uczynił kryterium oceny ofert, to nie mógł w tym zakresie odstąpić od dokładnej analizy, czy wskazane placówki istnieją, są pod wskazanymi adresami i czy spełniają wymagania przez zamawiającego postawione odnośnie placówki handlowej i placówki gastronomicznej. Ma to zasadnicze znaczenie w przedmiotowej sprawie, gdzie wykonawcy zaoferowali tę samą cenę, a rywalizacja pomiędzy nimi dotyczyła właśnie liczby placówek, a oferty od siebie (po częściowej weryfikacji dokonanej przez zamawiającego) różniły się jedynie o 22 placówki. Izba natomiast nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy z uwagi na to, że zarzuty odwołującego nie potwierdziły się i w znacznej mierze oparte były na własnej wykładni treści siwz, nie wynikającej z jej literalnego brzmienia. Izba nie dopatryła się także zaniechania zamawiającego polegającego na niewykluczeniu wykonawcy wybranego z postępowania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwych tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba stoi na stanowisku, że informacją nieprawdziwą nie jest informacja niepełna np. poprzez niewskazanie nr administracyjnego w prawidłowym adresie placówki, czy informacja wskazująca na adres siedziby właściciela firmy, w miejsce adresu placówki, czy informacja podająca adres według lokalnej tradycji, który jednak umożliwia identyfikację placówki, ani nie jest taką informacją omyłka pisarska w nazwie ulicy. Za informację nieprawdziwą nie może być uznana taka informacja, która jest sprzeczna z wykładnią treści siwz dokonaną przez jednego z wykonawców. Według Izby informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu, co do stanu faktycznego, u odbiorcy informacji. Istotą informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację, musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby. Z tego względu nie można uznać za nieprawdziwą informację omyłki pisarskiej, omyłki liczbowej czy innej omyłki, która bez udziału świadomości wykonawcy wkradła się do składanej przez niego oferty. Izba nie dopatryła się w wykazie wykonawcy wybranego informacji nieprawdziwych, bo sam przystępujący na rozprawie wskazał, że podawał informacje zgodne z uzyskanymi od kontrahenta i działał w przekonaniu, co do ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Tym samym fakt podania przez wykonawcę wybranego adresów wskazujących na domy prywatne czy bloki mieszkalne nie jest sam w sobie informacją nieprawdziwą, ale informacją, która należy sprawdzić, gdyż być może nastąpiła omyłka, co do numeracji ulicy, czy omyłka poprzez wskazanie siedziby właściciela firmy, w miejsce wskazania adresu placówki. Dopóki wątpliwość w tym zakresie nie zostanie

wyjaśniona, dopóty zarzut złożenia nieprawdziwych informacji nie znajduje potwierdzenia. Ustosunkowując się do poszczególnych argumentów podniesionych przez odwołującego, to Izba wskazuje, że zamawiający określił placówkę handlową, jako placówkę, której głównym przedmiotem działalności jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniach, których wnętrze jest dostępne dla konsumentów. Z tych postanowień wynika, że zakwalifikowanie placówki do placówki handlowej nie następowało według, tego, co jest rzeczywiście w danym momencie asortymentem sklepu, lecz jaka działalność, w ramach prowadzonej przez właściciela placówki, została określona, jako główna. Tym samym fakt, że w danym miejscu prowadzona jest także inna działalność np. przemysłowa i tych towarów jest w danym momencie w sklepie więcej nie ma znaczenia dla oceny głównego przedmiotu działalności. Zamawiający nie posłużył się sformułowaniem, że jest to placówka, w której można nabyć, czy która oferuje artykuły spożywcze w sprzedaży detalicznej, ale wyraźnie odniósł się do przedmiotu działalności placówki i to do jej przedmiotu głównego, a zatem istotne jest to, jak działalność została określona przez właściciela, a nie, jaki towar się w sklepie znajduje. W zakresie pkt 2 załącznika nr 1 do siwz nie było zapytań do treści siwz. Izba oceniła zatem materiał dowodowy odwołującego w postaci zgromadzonej dokumentacji zdjęciowej, jako nie służący udowodnieniu, że placówka handlowa wskazana przez wykonawcę wybranego nie spełnia wymagań siwz. Natomiast Izba podziela stanowisko odwołującego, że za placówkę handlową nie może być uznana sprzedaż z okienka, gdyż zamawiający wymagał wnętrza dostępnego dla konsumentów – jednak takich placówek handlowych jest wskazanych w odwołaniu 5, co powoduje, że nawet uwzględnienie w tym zakresie odwołania nie miałoby wpływu na wynik sprawy. Co do placówki gastronomicznej, to wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie wykluczył możliwości wskazania placówek, których główny przedmiot działalności jest inny niż przygotowywanie i sprzedaż posiłków do spożycia na miejscu i na wynos, gdyż w przeciwieństwie do placówki handlowej, zamawiający dopuścił w tym przypadku placówki, w których taka działalność jest jedynie działalnością uboczną, wskazuje na to bezpośrednio treść pkt 3 załącznika nr 1 do siwz „przez placówkę gastronomiczną zamawiający rozumie placówkę, której przedmiotem działalności jest (...)” Tym samym należy uznać, iż zamawiający nie miał podstaw do odliczenia placówek, w których przedmiotem głównym jest prowadzenie działalności rozrywkowej, czy sprzedaż alkoholu, czy świadczenie usług noclegowych lub hotelarskich, pod warunkiem, że w ramach przedmiotu działalności przewidziano także przygotowywanie oraz sprzedaż posiłków do spożycia na miejscu i na wynos. Izba nie znalazła zatem podstaw do odliczenia night-clubów, hoteli, dyskotek, czy barów piwnych, gdyż odwołujący nie wykazał, że w tych lokalach nie są sprzedawane posiłki. Sam fakt, że jest to inny lokal niż restauracja, czy stołówka, lub bar gastronomiczny nie jest

podstawą do odliczenia placówki. Izba w tym zakresie uznała, że dokumentacja zdjęciowa przedstawiona przez odwołującego nie służy udowodnieniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Zamawiający nie zabronił wykazania placówek sprzedających alkohol czy używki, a jedynie postawił zakaz wydawania tych towarów w zamian za bony. Nie zmieniło tego stanowiska wyjaśnienie treści siwz z dnia 16 grudnia 2010r. w odpowiedzi na pytanie 3, gdyż odpowiadając na to pytanie zamawiający powtórzył jedynie definicję z pkt 3 załącznika nr 1 siwz. Odnośnie miejsc siedzących w placówkach gastronomicznych, to dokumentacja zdjęciowa przedstawiona przez odwołującego, jako dowód na tę okoliczność nie jest wiarygodnym dowodem, gdyż dokumentuje jedynie elewacje budynków oraz okna lub drzwi, natomiast nie stanowi dowodu na to, co znajduje się wewnątrz kwestionowanych lokali. Sam fakt małej powierzchni użytkowej lokalu, nie przesądza jeszcze o niemożliwości ustawienia miejsc siedzących, zwłaszcza, że zamawiający nie postawił żadnych wymogów, co do ilości tych miejsc, minimalnej odległości między stolikami, czy ilości miejsc siedzących przy stolikach. Odnośnie zarzutu dotyczącego sprzedaży z przyczepy samochodowej lub samochodu dostawczego, to rację ma odwołujący, że zamawiający nie zaliczał takich placówek do placówki handlowej, co wyraził tak w pkt 4 załącznika nr 1 do siwz jak i w wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2010r. w odpowiedzi na pytanie 4, jednakże odwołujący wskazał takie dwa przypadki u wykonawcy wybranego za pomocą dokumentacji zdjęciowej i w ocenie Izby nie jest to wiarygodny dowód, gdyż na podstawie tych zdjęć nie sposób stwierdzić, czy rzeczywiście sfotografowane wozy, to placówki które podał wykonawca wybrany, brak jest wskazania adresu pod którym zrobiono zdjęcie. W zakresie placówek handlowych i gastronomicznych, w których zakwestionowano brak adresu tj. brak podania numeru administracyjnego, pod którym znajduje się placówka. Izba uznała ten zarzut za niezasadny, gdyż z literalnej treści postanowień siwz taki wymóg nie wynika. Zamawiający m. in. w pkt 12 załącznika nr 1 do siwz wskazał, co rozumie pod pojęciem adres tj. ulicę, miejscowość i ewentualnie dzielnicę, o ile jest wymagana. Zatem z definicji zamawiającego nie wynika obligatoryjny wymóg podania numeru administracyjnego i zamawiający wzywając strony w tym zakresie do wyjaśnień, wykroczył poza własne postanowienia siwz, co jednak nie ma wpływu na prawidłowość jego oceny złożonych ofert, gdyż z tego powodu, w żadnej z ofert nie odliczono punktów. Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że na postanowienia siwz należy patrzeć przez pryzmat celu, w jakim udzielane jest zamówienie publiczne, jednakże Izba nie uważa, że tym celem jest zapewnienie możliwości kontroli postępowania wykonawcom, ale zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Możliwość kontroli postępowania jest uprawnieniem stron, ale nie wytyczną interpretacyjną dla postanowień siwz. Tym samym Izba wskazuje, że celem przedmiotowego zamówienia jest zapewnienie posiłków profilaktycznych pracownikom zamawiającego i dlatego Izba stoi na

stanowisku, że zakreślona definicja adresu przez zamawiającego jest wystarczająca dla identyfikacji placówki przez pracownika. Nie należy bowiem pominąć faktu, że pracownicy zamawiającego będą dokonywać zakupów w pobliżu swego miejsca zamieszkania lub w pobliżu miejsca pracy, a także po drodze z miejsca zamieszkania do miejsca pracy. Biorąc pod uwagę, że miejsca te są doskonale znane pracownikom zamawiającego z uwagi na koncentrację ich interesów życiowych, to wykaz służy nie tyle szczegółowej lokalizacji placówki, ale wskazania, w której placówce pracownik może zrealizować bon. Odwołujący nie wykazał, że nie podanie numeru administracyjnego może wprowadzić w błąd pracownika, co do możliwości skorzystania z bonu w danej placówce. Ponadto Izba uznała za wiarygodne dowody przedłożone do pisma procesowego przystępującego w postaci kserokopii rachunków, gdzie oznaczenie adresu placówki nie zawierało podania numeru administracyjnego, co potwierdziło stanowisko przystępującego, że nie każdej placówce nadawany jest taki numer. Izba nie uznała także za podanie nieprawdziwej informacji omyłek w adresach placówek w postaci podania osiedli jako miejscowości czy literówki w nazwie ulicy. Izba uznała, że te omyłki nie uniemożliwiają identyfikacji placówki handlowej czy gastronomicznej, gdyż odnoszą się do historycznego brzmienia miejscowości, które rdzennym mieszkańcom – pracownikom zamawiającego, są doskonale znane. Nadto Izba stwierdza, że nazewnictwo np. „Leszczyny”, „Niedobczyce” zostało podane zgodnie z informacją uzyskaną od właściciela placówki przy podpisywaniu umowy (dowody z wyciągów z umów przedłożone na rozprawie przez przystępującego), co dodatkowo potwierdza fakt, że omyłka w tym zakresie nie uniemożliwiała identyfikacji punktu i nie była celowym działaniem odwołującego. Omyłka pisarska w nazwie ul. Przemysława, była możliwa do poprawienia i oczywista dla zamawiającego bez udziału wykonawcy, gdyż z wykazu ulic powszechnie dostępnego nawet w postaci map miejscowości wynika, że nie ma ulicy Przemysłowej, a jest ulica Przemysława, a różnica sprowadza się do zmiany jednej litery. W zakresie zarzutu braku oznaczenia placówki logiem wykonawcy wybranego, to Izba uznała ten zarzut za niezasadny nie udowodniony, gdyż pkt 12 załącznika nr 1 do siwz stanowi o obowiązku oznakowania placówki, ale obowiązek ten jest wskazany w części dotyczącej etapu realizacji umowy i użyto wobec niego czasu przyszłego, co w ocenie Izby wskazuje, że wymóg ten miał być realizowany na etapie po zawarciu umowy. Dowody odwołującego w postaci dokumentacji zdjęciowej są w tym zakresie niewiarygodne, gdyż przede wszystkim nie ma na nich daty, z której by wynikało, kiedy zdjęcie zostało sporządzone, a także ich czytelność nie jest najlepsza. Dodatkowo załączone do dokumentacji postępowania oświadczenia właścicieli placówek przedłożone przez odwołującego nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu, gdyż jedno z nich pochodzi z maja 2010r., a więc bez związku z przedmiotowym postępowaniem, a pozostałe dwa wskazują na pytanie dotyczące realizacji bonów, a nie ich

akceptacji, co potwierdza według Izby, tezę przystępującego, że placówki nie realizowały jego bonów, gdyż nie było ich w obrocie, a nie dlatego, że tych bonów nie akceptują. Izba dała wiarę dowodom przedłożonym w tym zakresie przez przystępującego tj. w postaci oświadczeń właścicieli placówek jak i wyciągów z umów, z których wynika, że bony nie były realizowane z braku ich w obrocie, oraz że wymóg zamieszczenia oznakowania i akceptacji bonów jest jednym z warunków zawartych umów. W zakresie placówek zlikwidowanych, to Izba uznała zarzut za nieudowodniony, gdyż przedłożone na tę okoliczność zdjęcia i wydruki ze stron internetowych oraz wykazy sklepów nie są wiarygodne. Ze zdjęć nie wynika powód, dla którego placówka jest zamknięta, a takim powodem może być poza likwidacją np. dzień świąteczny, ze stron internetowych wynika jedynie, że placówki są zamknięte z powodu remontu lub awarii, natomiast wykazy nie zostały podpisane i nie wiadomo, kto dokonał wykreśleń poszczególnych placówek, ani z jakiego okresu te wykazy pochodzą. Izba w tym zakresie dała wiarę dowodom przedłożonym przez przystępującego tj. wyciągom z umów w zakresie tabeli 11. Izba uznała nadto za nieuzasadniony zarzut dotyczący godzin otwarcia placówek. Wymóg otwarcia placówek nie wynika z treści siwz i nie da się go wywieść z wyjaśnień zamawiającego do siwz z dnia 16 grudnia 2010r. w odpowiedzi na pytanie 5. W wyjaśnieniach tych zamawiający wskazał jedynie, że do opisu przedmiotu zamówienia stosował rozporządzenie w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, a nie że wymaga od wykonawców uwzględnienia czasu wydawania posiłków zgodnie z par. 6 rozporządzenia. Nadto ust. 2 par 6 nie stanowi bezwzględnej zasady określającej pory pozyskiwania towarów, z których jest przyrządzany posiłek czy pory nabywania posiłków gotowych, ustawodawca odniósł, się do przerw regulaminowych i wskazał na pewną zasadę, ale nie jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Z tego zatem względu nie może być podstawą do odrzucenia którejkolwiek z ofert. Na marginesie należy dodać, że odwołujący nie wykazał kiedy u zamawiającego przewidziane są przerwy regulaminowe, stąd nie sposób jest stwierdzić, czy np. godz. 21 nie jest trzecią godziną pracy pracownika pracującego w systemie zmianowym, który stawiał się do pracy po południu. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, co do obowiązku wskazania przez wykonawców dzielnic dla każdej placówki znajdującej się na terenie miast Jastrzębie Zdrój, Żory, Rybnik i Wodzisław Śląski. Zamawiający wskazał, w jakim celu oczekuje podania dzielnic tj. w celu zweryfikowania, czy wykonawca zaoferował co najmniej 1 placówkę w danej dzielnicy wskazanej w pkt 1 załącznika nr 1 do siwz. Odwołujący nie kwestionował faktu wykazania się przez odwołującego takimi placówkami. Zamawiający wskazał wyraźnie, że oczekuje podania dzielnic jedynie w zakresie wymaganym, zatem nie ma podstaw do uznania za prawidłowe takiej interpretacji siwz, jaką prezentuje odwołujący. W ocenie Izby rację ma zamawiający i przystępujący, że dzielnice należało wskazać dla jednej placówki handlowej i



jednej gastronomicznej w zakresie podanym w pkt 1 załącznika nr 1 do siwz. Izba uznała także za niewiarygodne dowody z dokumentacji zdjęciowej w zakresie, w jakim służyć miały one wykazaniu, że pod danym adresem nie funkcjonuje wskazana w wykazie placówka. Zdjęcia przedstawione przez odwołującego nie pozwalają w ocenie Izby na identyfikację, czy rzeczywiście na fotografii przedstawiony wskazany adres, ponadto nieznany jest czas wykonania zdjęć, co może mieć znaczenie dla oceny zasadności twierdzeń odwołującego, gdyż z dowodów przeciwnych przedstawionych przez przystępującego w postaci wyciągów z umów wynika, że podane adresy przez przystępującego w wykazie są tożsame ze wskazanymi przez właścicieli placówek w umowach. Co do placówek, które w ocenie odwołującego zostały wskazane w sposób nieuprawniony, bo niezgodny z rozporządzeniem KE wskazanym w odwołaniu, to Izba stwierdza, że zamawiający wyraźnie zdefiniował pojęcie placówki i nie odniósł jej do wskazanego rozporządzenia, co więcej nie postawił żadnych wymogów, co do tego, jak kwalifikować placówki jednego właściciela zlokalizowane pod tym samym adresem. Zamawiający nie odnosił się w ogóle do kwestii związanych z własnością placówek. Izba w tym zakresie uznała, że odwołujący nadinterpretował treść siwz. Reasumując Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. A i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 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) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego na rozprawę (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

**Przewodniczący :**

.....