Sygn. akt KIO 1210/17

WYROK
z dnia 6 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2017r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2017 r. przez wykonawcę G. K. H. Sp. z o.o., ul. (…) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polską Grupę Górnicza Sp. z o.o., ul.(…), Oddział K. R. ul. (…),

przy udziale wykonawcy S. B. and R. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1210/17 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę G. K. H. Sp. z o.o., ul. (…) i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. K. H. Sp. z o.o., ul. (…) tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy G. K. H. Sp. z o.o., ul. (…) na rzecz Zamawiającego: Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o., ul.(…), Oddział K. R. ul. (…) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 1210/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o., ul.(…), Oddział K. R. ul. (…) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. Oddział K. R. z podziałem na 4 zadania, nr sprawy Zamawiającego: …

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało przekazane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego dnia 19 kwietnia 2017r.

Modyfikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ przedmiotowego postępowania została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego dnia 06 czerwca 2017r. i w tej dacie Odwołujący: G. K. H. Sp. z o.o., ul. (…) powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Nie zgadzając się postanowieniami tejże modyfikacji Odwołujący w dniu 13 czerwca 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych przez obrazę przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przez niezgodne z zasadami określonymi w tej ustawie zapisami zawartymi w modyfikacji SIWZ, dotyczącej postępowania, którego przedmiot został opisany w oparciu o rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków oraz napojów (Dz.U. z 1996r. Nr 60, poz.279.), zwane dalej Rozporządzeniem, co wyraźnie zaznaczył Zamawiający w pkt.I Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, stojące ponadto w sprzeczności z zapisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993r. (Dz.U. z 2003r. Nr 153, poz.1503 ze zm.).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył przepisy wskazanych wyżej ustaw przez to, że:

1) nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz dopuścił się nieracjonalnego i nieuzasadnionego różnicowania wykonawców (art.7 ust. 1 ustawy Pzp),

2) naruszył uzasadniony interes przedsiębiorcy przez wprowadzenie 3

---

nieuzasadnionego, dyskryminującego go kryterium oceny ofert (art.3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), a tym samym poprzez wprowadzenie dyskryminującego kryterium naruszył art.91 ust.3 ustawy Pzp,

3) utrudnił dostęp do rynku w sposób nieuzasadniony preferując innych oferentów (art.3 ust.2 i art. 15.1 ust.3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji),

4) naruszył przepisy wynikające z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków oraz napojów (§ 5 przywołanego rozporządzenia).

Odwołujący wnosił o:

1) dokonanie zmian treści SIWZ przywracających jej pierwotne zapisy w części określającej kryteria wyboru oferty bez zapisów różnicujących placówki handlowe pod względem ich wielkości, gdyż to kryterium dla realizacji przedmiotu przetargu nie ma żadnego uzasadnienia, a może być wręcz niekorzystne dla pracowników Zamawiającego,

2) zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z zapisów SIWZ wynika, że Zamawiający jako rozstrzygające kryterium wyboru oferty przyjął kryterium inne niż cena, co wynika wprost zarówno z nadanej cenie wagi (20%) jak i z zapisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która w art.15 ust.4 pkt.1 i 2 uniemożliwia emitowanie oraz realizację znaków legitymacyjnych powyżej lub poniżej ich nominalnej wartości.

Zauważył, że decydującym kryterium jest ilość punktów, w których pracownicy Zamawiającego będą mogli, w myśl rozporządzenia, wymienić bony /kupony/ na produkty w celu przyrządzenia posiłków profilaktycznych.

Odwołujący podniósł, że ogłoszony przetarg ma na celu realizację prawnego obowiązku nałożonego na Zamawiającego na mocy przepisu art.232 Kodeksu Pracy i wydanego na tej podstawie, wskazanego wyżej rozporządzenia, w zakresie nieodpłatnego dostarczenia pracownikom zatrudnionym u Zamawiającego w szczególnych warunkach posiłków profilaktycznych, względnie ich zamiennika w postaci produktów spożywczych do przyrządzenia posiłków przez pracowników we własnym zakresie, co wyraźnie zaznaczył Zamawiający w pkt. I Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego niewątpliwym celem ogłoszonego przetargu jest wyłonienie wykonawcy, który posiadaczom bonów żywieniowych zapewni zakup produktów spożywczych w sposób dla nich najbardziej dogodny. 4

Zdaniem Odwołującego ten oczywisty wymóg będzie spełniony jedynie wówczas, gdy we wskazanych w SIWZ miejscowościach, w których mieszka zdecydowana większość

pracowników Zamawiającego, będzie można dokonać zakupu produktów spożywczych dla przygotowania posiłków profilaktycznych w możliwie największej liczbie placówek.

Według Odwołującego - zamieszczenie w modyfikacji SIWZ zapisów preferujących wykonawcę dysponującego największą liczbą supermarketów niejako przesądza wynik ogłoszonego przetargu na jego niekorzyść.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający preferuje w ten sposób oferentów, którzy działając w skali krajowej mają zdecydowanie lepszą pozycję w negocjacjach i podpisywaniu umów z sieciami handlowymi będącymi w przytłaczającej większości właścicielem sklepów wielkopowierzchniowych.

W ten sposób Zamawiający poprzez kryterium wyboru oferty nastawione na liczbę supermarketów dyskryminuje Odwołującego ze względu na właściwość jego potencjału technicznego co jest niezgodne z zapisami art.91 ust.3 ustawy Pzp.

Dodatkowo, zaznaczył, że ta nieuzasadniona preferencja nie służy podstawowemu celowi przetargu, którym jest umożliwienie pracownikom Zamawiającego zakupu produktów spożywczych w sposób dla nich najbardziej dogodny, a więc w miejscu zamieszkania, w możliwie największej liczbie placówek handlowych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamieszczone w modyfikacji SIWZ wzory sposobu oceny ofert jednoznacznie wskazują na to, że o wyborze oferty jako najkorzystniejszej decydować będzie wyłącznie największa liczba supermarketów. Stanie się tak dlatego, że ilość placówek wielkopowierzchniowych na terenie objętym oceną ofert jest niewielka w stosunku do ich liczby całkowitej, natomiast możliwości wykonawców co do zawierania umów z sieciami sklepów wielkopowierzchniowych z powodów przedstawionych wyżej, nierówne.

W opinii Odwołującego - możliwości te są ograniczone, w jego przypadku, ze względu na ograniczony terytorialny zasięg prowadzonej działalności, a zgodnie z prawem nie można go przez to dyskryminować. Wówczas też pozostałe kryteria, a mianowicie liczba placówek handlowych i gastronomicznych nie będzie miała dla tej oceny większego znaczenia.

W ocenie Odwołującego - to preferencja dla wykonawców dysponujących dużą liczbą tzw. supermarketów nie mająca racjonalnego ani rzeczowego uzasadnienia dla celu postępowania, którym jest ewentualna realizacja zamówienia.

Oświadczył, że w swojej ofercie nie jest w stanie wykazać się większą lub umożliwiającą konkurencję liczbą supermarketów zobowiązanych do realizacji jego bonów, aniżeli oferenci działający w skali krajowej.

Natomiast dla realizacji zadania Odwołujący może dysponować konkurencyjną liczbą placówek handlowych i gastronomicznych ogółem (w tym pewna ilość supermarketów), wprawdzie o mniejszej powierzchni, ale oferujących nabywcy asortyment produktów spożywczych w zupełności wystarczający do zaspokojenia potrzeb wynikających z przedmiotu zamówienia.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający jest związany zakazem ustanawiania warunków nadmiernych i nieracjonalnych dla realizacji zadania, eliminujących z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Według Odwołującego, Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji, także wówczas, gdy wprowadzone przez niego ograniczenia bądź rozróżnienia nie są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, a wręcz mogą okazać się niekorzystne dla pracowników poprzez ograniczenie ilości placówek, w których można nabyć produkty do przyrządzenia posiłków.

Zdaniem Odwołującego - akceptacja kwestionowanych zapisów modyfikacji SIWZ w praktyce oznacza, że przetarg został w istocie rozstrzygnięty na korzyść oferenta, który na

lokalnym rynku może dysponować mniejszą ilością placówek handlowych, lecz w swojej ofercie posiada supermarkety, w których sprzedaż produktów żywnościowych stanowi znikomą część ich działalności.

Konkludując powyższe, zarzucił, że w zapisach modyfikacji SIWZ Zamawiający wprowadził kryteria jednoznacznie dyskryminujące lokalnych przedsiębiorców dysponujących konkurencyjną liczbą placówek, lecz o mniejszej powierzchni sprzedaży. Jest to jaskrawy przykład obrazy przez Zamawiającego zapisów ustawy Pzp w zakresie art.91 ust.3.

Pomimo, że zasada uczciwej konkurencji stanowi podstawę udzielania zamówień publicznych, w przedmiotowym postępowaniu została ona rażąco naruszona już na jego

wstępnym etapie w sposób wprost dyskryminujący określonych wykonawców ze względu na ich potencjał techniczny w zakresie ustalonych kryteriów oceny ofert.

Dodatkowo, zauważył, że Zamawiający rażąco naruszył zapisy aktu prawnego, który stanowi podstawę przedmiotu zamówienia czyli rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków oraz napojów, a konkretnie par.5 przywołanego Rozporządzenia.

Wskazał, że pracodawca, a w tym przypadku pracodawcą jest Zamawiający, ma obowiązek prawny wynikający z zapisów rozporządzenia ustalić zasady udzielania przedmiotowego zamówienia z organizacjami związkowymi.

Odwołujący podniósł, że na etapie przygotowania SIWZ opinia strony, którą są związki zawodowe, została wzięta pod uwagę o pierwotne zapisy, zgodnie z tą opinią, nie faworyzowały żadnego wykonawcy i nie dawały preferencji sklepom wielkopowierzchniowym. Zasady były równe dla wszystkich.

Stwierdził również, że nieoczekiwane i nieuzasadnione działania Zamawiającego mające na celu tak bardzo istotną zmianę w opublikowanej już SIWZ w zakresie kryterium wyboru oferty spotkały się ze zdecydowanym sprzeciwem ogromnej większości organizacji związkowych działającym na wszystkich Ruchach K. R.

Argumenty przeciw zmianom pokrywają się z zarzutami, które zawiera niniejsze odwołanie w zakresie faworyzowania określonych wykonawców, różnicowania wykonawców oraz właścicieli podmiotów trzecich ze względu na ich potencjał i, co najważniejsze, potencjalnej możliwości zmniejszenia wygody pracowników w dostępie do placówek handlowych i gastronomicznych.

Pomimo sprzeciwu organizacji związkowych, a w związku z tym wbrew § 5 rozporządzenia, Zamawiający zmian dokonał.

Wskazał przy tym, że ponownie związki zawodowe wyraziły swój zdecydowany przeciw wobec całkowitemu ignorowaniu przez Zamawiającego ich praw wynikających z rozporządzenia. Te działania Zamawiającego mają charakter celowego łamania prawa organizacji związkowych do współdecydowania o kryteriach wyboru wykonawcy w postępowaniu, którego przedmiot jest opisany na podstawie zapisów rozporządzenia, które uprawnienia związków zawodowych wyraźnie opisuje.

Z uwagi na fakt, że żadna z organizacji związkowych działających u Zamawiającego nie jest wpisana na listę organizacji, które na podstawie art.154 ust.5 ustawy Pzp, mają prawo wnieść odwołanie, to Odwołujący wskazał opisaną powyżej wadę prawną zmian w przedmiotowej SIWZ dokonanych przez Zamawiającego nie tylko bez wymaganego przez rozporządzenia porozumienia, ale wbrew opinii strony, którą są organizacje związkowe.

Pismem z dnia 14 czerwca 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca S. B. and R. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wniesionego odwołania, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.91 ust.3 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia w kryterium oceny ofert w sposób zaskarżony odwołaniem.

Izba ustaliła, że w części XXIII SIWZ Zamawiający określił Kryteria oceny oferty w następujący sposób:

Zadanie nr 1

Znaczenie Kryteria oceny

Lp. (waga)

C – Cena oceniana brutto 40 pkt

Ip – Łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych 60 pkt

8

---

ogółem na terenie miasta R.

RAZEM 100 pkt

Zadanie nr 2

Znaczenie Lp. Kryteria oceny (waga)

1 C – Cena oceniana brutto 40 pkt

Ip – Łączna ilość punktów (placówek): handlowych i gastronomicznych na

2 terenie dzielnic miasta R.: dzielnica B. – O., dzielnica B. S., dzielnica K., 60 pkt

dzielnica G. oraz na terenie gminy Ś.

RAZEM 100 pkt

Zadanie nr 3

Znaczenie Kryteria oceny

Lp. (waga)

C – Cena oceniana brutto 40 pkt

Ip – Łączna ilość punktów (placówek): handlowych i gastronomicznych 60 pkt

ogółem zlokalizowanych na terenie gminy M. i miasta R.

RAZEM 100 pkt

Zadanie nr 4

Znaczenie Kryteria oceny

Lp. (waga)

C – Cena oceniana brutto 40 pkt

Ip – Łączna ilość punktów (placówek) handlowych i 60 pkt

gastronomicznych ogółem na terenie: miasta R. i miasta P.

RAZEM 100 pkt

1. w przypadku, gdy do postępowania złożone zostaną co najmniej dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, punkty przyznane danej ofercie zostaną obliczone wg poniższego wzoru:

$$OLP = C + Ip$$

gdzie:
C – ilość punktów uzyskanych w kryterium „cena”.
lp – ilość punktów uzyskanych w kryterium „łączna ilość punktów (placówek) handlowych
i gastronomicznych ogółem.

2. Zasady przydzielania punktów są następujące:

A. Kryterium: CENA – C

$$C = \frac{\text{minimalna cena oceniana brutto}}{\text{cena oceniana badanej oferty brutto}} * 40 \text{ pkt}$$

Maksymalna ilość punktów do zdobycia dla kryterium C wynosi 40 pkt.
Ceny należy podać w walucie krajowej – PLN. Oferty w walutach obcych będą odrzucone.
Ocenie podlegać będzie cena całkowita brutto oferty.

Pod pojęciem ceny należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ustęp 1 pkt. 1 ustawy z dnia 09 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014, poz. 915). Cenę należy ustalić jako cenę brutto za dostawę 1 szt. bonu żywieniowego o wymaganym przez zamawiającego nominale i ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne dla prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z opinią opublikowaną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przy zakupie bonów podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanie poniżej lub powyżej ich wartości nominalnej jest utrudnieniem dostępu do rynku, stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji.

B. Kryterium: lp – ilość punktów uzyskanych w kryterium „łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem”.

$$lp = \frac{\text{łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem oferty badanej}}{\text{najwyższa wykazana łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem}} * 60 \text{ pkt}$$

10

Maksymalna ilość punktów do zdobycia dla kryterium „lp” wynosi 60 pkt.

3. Zamawiający, w przypadku stwierdzenia - wg stanu na dzień otwarcia ofert - błędów w wykazie placówek handlowych / gastronomicznych, wdroży:
a) postępowanie przewidziane dyspozycjami art. 26 ust 3, 3a i 4 Ustawy, gdy Wykonawca nie spełnia warunku co do minimalnej ilości placówek wymaganej w SIWZ,
b) postępowanie wyjaśniające przewidziane dyspozycją art. 87 ust 1 Ustawy, gdy Wykonawca spełnia warunek co do minimalnej ilości placówek wymaganej przez
a następnie skoryguje wykaz placówek nie uznając placówek Zamawiającego, w następujących przypadkach:
a) placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej, określoną w pkt 5) Załącznika 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) ta sama placówka została ujęta w kilku pozycjach wykazu w zakresie jednego zadania Zamawiający uzna tylko jedną placówkę);
f) placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych została

zlikwidowana,

g) placówka oferuje w sprzedaży detalicznej wyłącznie: słodycze, gumy do żucia, wyroby cukiernicze, lody, owoce, warzywa, napoje, chipsy, paluszki, odżywki dla sportowców, suplementy diety itp.

4. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma największą ilość punktów OLP.

5. Wyliczenie punktów zostanie dokonane z dokładnością do 8 miejsc po przecinku, zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania.

Dalej Izba stwierdziła, że Zamawiający w dniu 6 czerwca 2017r. dokonał modyfikacji powyższych postanowień SIWZ w następujący sposób:

Kryteria oceny oferty.

Lp.	Znaczenie Kryteria oceny (waga)	11
	C – Cena oceniana brutto	20 pkt
	Is– Liczba (ilość) supermarketów* w miejscowości: R., W. Ś., R., R., P., Ż., Ś., M., J2., J., S., S2., G., T.Ś.	30 pkt
	Ip – Łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych na terenie - bez supermarketów w miejscowości: R., W. Ś., R., R., P., Ż., Ś., M., J., J2., S, S 2, G., T. Ś.	50 pkt
	RAZEM	100 pkt

*Supermarket - pod tym pojęciem Zamawiający rozumie placówkę handlową o powierzchni sprzedażowej powyżej 400m ^{2} , prowadzącą sprzedaż głównie w systemie samoobsługowym oferującą szeroki asortyment artykułów żywieniowych.

1.W przypadku, gdy do postępowania złożone zostaną co najmniej dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, punkty przyznane danej ofercie zostaną obliczone wg poniższego wzoru:

$$OLP = C + Is + Ip$$

gdzie:

C – ilość punktów uzyskanych w kryterium „cena".

Is – ilość punktów uzyskanych w kryterium „ supermarket"

Ip – ilość punktów uzyskanych w kryterium „łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem.

2. Zasady przydzielania punktów są następujące:

A. Kryterium: CENA – C

$$\frac{\text{Minimalna cena oceniana brutto}}{\text{Cena ocenianej badanej oferty brutto}} * 20 \text{ pkt}$$

Maksymalna ilość punktów do zdobycia dla kryterium C wynosi 20 pkt.

Ceny należy podać w walucie krajowej – PLN. Oferty w walutach obcych będą odrzucone.

Ocenie podlegać będzie cena całkowita brutto oferty.

Pod pojęciem ceny należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ustęp 1 pkt. 1 ustawy z dnia 09 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014, poz. 915). Cenę należy ustalić jako cenę brutto za dostawę 1 szt. bonu żywieniowego o wymaganym

przez zamawiającego nominale i ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne dla prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z opinią opublikowaną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w

oparciu o art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przy zakupie bonów podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanie poniżej lub powyżej ich wartości nominalnej jest utrudnieniem dostępu do rynku, stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji.

B.Kryterium: Supermarket- ls

$$C = \frac{\text{Łączna ilość supermarketów ogółem oferty badanej}}{\text{Najwyższa wykazana łączna ilość supermarketów ogółem}} * 30 \text{ pkt}$$

Maksymalna ilość punktów do zdobycia dla kryterium „ls" wynosi 30 pkt

C. Kryterium: lp – ilość punktów uzyskanych w kryterium „łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem".

$$lp = \frac{\text{łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem oferty badanej}}{\text{najwyższa wykazana łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem}} * 50 \text{ pkt}$$

Maksymalna ilość punktów do zdobycia dla kryterium „lp" wynosi 50 pkt

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

a. postępowanie przewidziane dyspozycjami art. 26 ust 3, 3a i 4 Ustawy, gdy Wykonawca nie spełnia warunku co do minimalnej ilości placówek wymaganej w SIWZ,

b. postępowanie wyjaśniające przewidziane dyspozycją art. 87 ust 1 Ustawy, gdy Wykonawca spełnia warunek co do minimalnej ilości placówek wymaganej przez a następnie skoryguje wykaz placówek nie uznając placówek Zamawiającego, w następujących przypadkach:

a) placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej, określoną w pkt 6. Załącznika 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) ta sama placówka została ujęta w kilku pozycjach wykazu, Zamawiający uzna tylko jedną placówkę;

f) placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych została zlikwidowana,

g) placówka oferuje w sprzedaży detalicznej wyłącznie: słodycze, gumy do żucia, wyroby cukiernicze, lody, owoce, warzywa, napoje, chipsy, paluszki, odżywki dla sportowców, suplementy diety itp.

4.Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma największą ilość punktów OLP.

5.Wyliczenie punktów zostanie dokonane z dokładnością do 8 miejsc po przecinku, zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w pkt 1 załącznika nr 1 postanowił, że przedmiot zamówienia został opisany w oparciu o art. 232 kodeksu pracy oraz Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dziennik Ustaw z 1996r. Nr 60, poz. 279).

Opierając się o powyższe zmienione postanowienia SIWZ Izba doszła do przekonania, że zarzuty przedstawione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w treści odwołania wskazano

na naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), jednak nie powiązano tego naruszenia z przepisami ustawy Pzp.

Wymaga zauważenia, że ustawa Pzp w art. 7 ust. 1 i art.93 ust.3 nie odsyła bezpośrednio do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tak jak czyni to np. w art. 8 ust. 3 czy w art. 89 ust. 1 pkt 3, zatem możliwość powoływania się na powyższe naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wydaje się nietrafna.

14

Poza tym Odwołujący, nawet nie wykazał przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie odniósł się do podnoszonego naruszenia przepisu art. 15 powołanej wyżej ustawy.

Następnie Izba stanęła na stanowisku, że postanowienie pkt 1 załącznika nr 1 nie jest równoznaczne z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego dodatkowych ustaleń treści SIWZ z reprezentatywną organizacją związkową, jako, że procedura ta nie została przywołana wprost w SIWZ.

Izba uznała przy tym, że Odwołujący nie udowodnił, że postanowienia porozumienia z dnia 20 grudnia 2004r. w zakresie posiłków profilaktycznych, na które się powołuje nie są realizowane.

Przedstawiony w sprawie materiał dokumentacyjny ilustruje, że podejście różnych reprezentacji związkowych w rozpatrywanej materii, tj. dotyczącej możliwości dopuszczenia sklepów wielkopowierzchniowych nie jest jednolite(vide: pismo z dnia 11 kwietnia 2017r.organizacji związków zawodowych i pismo z dnia 7 czerwca 2017r. innych organizacji związkowych).

Ostatecznie, Izba nie uznała za trafne stanowiska Odwołującego, że Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób odnoszący się do właściwości Odwołującego, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej wbrew dyspozycji przepisu art.93 ust.3 ustawy Pzp.

Poza sporem jest, że Odwołujący jest podmiotem, który może realizować dostawy zgodne z przedmiotem zamówienia, co potwierdzają złożone przez niego referencje, a zatem jego reputacja w tym zakresie znajduje potwierdzenie, co do jego wiarygodności.

Powoływanie się przez Odwołującego na okoliczności utrudnionego kontraktowania ze sklepami wielkopowierzchniowymi nie leży w sferze jego wiarygodności jako podmiotu realizującego bony zakupowe, lecz dotyczy jego umiejętności negocjacyjnych oraz zdolności akceptacji warunków kontraktowych przynoszących mniejszą marżę niż przez niego oczekiwana w stosunkach ze sklepami wielkopowierzchniowymi.

Według zapatrywania Izby Zamawiający ma prawo kształtować kryteria oceny ofert w postępowaniu przetargowym w taki sposób, aby odpowiadało ono uzasadnionym jego potrzebom, a w konsekwencji oczekiwaniom jego pracowników, co wykazał w załączonych dowodach D1-D4. 15

Należy wskazać, że stosownie do art.93 ust.2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do

realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W związku z powyższym brzmieniem tego przepisu Zamawiający może w każdym przypadku dobierać takie kryteria oceny ofert, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia i odpowiadają realizacji jego obowiązku ustawowego, a w omawianym przypadku do sklepów wielkopowierzchniowych, w których może być realizowana cześć zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm.).

Przewodniczący:……