

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca i 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2012 r. przez wykonawcę Chèque Déjeuner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska SA w Warszawie Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach przy udziale Sodexo Motivation Solutions Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;**
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego Poczta Polska SA w Warszawie Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Chèque Déjeuner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Poczty Polskiej SA w Warszawie Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach na rzecz Odwołującego Chèque Déjeuner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Zakup i dostawa bonów w formie papierowej uprawniających pracowników Poczty Polskiej SA do zakupu posiłków profilaktycznych*”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wynosi 3.371.746 zł, co stanowi równowartość 878.287,57 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 stycznia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2012/S 12-018980.

Zamawiający w dniu 8 marca 2012 r., za pomocą faksu powiadomił Odwołującego o wyniku oceny ofert i przyznanej łącznej punktacji. W dniu 19 marca 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący zakwestionował czynność czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenia: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez:

- zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
- zaniechanie odrzucenia i dokonanie wyboru oferty wykonawcy który podlega wykluczeniu,

ewentualnie:

- dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przyjętych kryteriów oceny ofert,
- błędną ocenę i wybór oferty uznanej za najkorzystniejszą poprzez akceptację placówek handlowych i gastronomicznych, które nie spełniają wymagań SIWZ i zaniechanie korekty poprzez zmniejszenie liczby oferowanych placówek, co powinno skutkować wyborem oferty Odwołującego.

Odwołujący – w oparciu o tak wyartykułowane zarzuty - wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórnej oceny ofert;
- 2) wykluczenia wykonawcy Sodexo Motivaton Solutions Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty;
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego;

3

4) zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje, iż Sodexo Motivaton Solutions Polska podał nieprawdziwe informacje w wykazie nr 9, powinien więc zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Część placówek (te których dotyczą nieprawdziwe informacje) podanych w wykazie nr 9 nie powinna zostać uwzględniona przy ocenie ofert (nawet gdyby oferta podlegała ocenie), gdyż nie spełnia wymagań SIWZ - Sodexo Motivaton Solutions Polska powinien w kryterium „Wykaz *punktów gastronomicznych gwarantujących zakup posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego 7,00 zł w miejscowościach wykazanych w załączniku nr 3 do siwz*” otrzymać mniejszą liczbę punktów. W efekcie oferta Sodexo Motivaton Solutions Polska nie powinna uzyskać łącznej ilości punktów 9,95, a tym samym nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą i nie powinna zostać wybrana. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić do wykluczenia wybranego wykonawcy ewentualnie do przyznania mu mniejszej liczby punktów w kryterium „Wykaz *punktów gastronomicznych gwarantujących zakup posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego 7,00 zł w miejscowościach wykazanych w załączniku nr 3 do siwz*”. W obu wypadkach wybrana byłaby oferta Odwołującego. W załączniku nr 9 do oferty Sodexo Motivaton Solutions Polska podał szereg placówek, które nie realizują posiłku w cenie 7 zł, mimo wyraźnego i bezwzględnego wymogu Zamawiającego określonego w SIWZ oraz w wyjaśnieniach:

Nr z Nazwa placówki miejscowość Adres

oferty 8 PIZZERIA CARO PILCHOWICE K. GLIMIC DAMROTA 5

12 PIZZA U RUDNIKA SOŚNOCOWICE WIEJSKA 39

14 CONEEO TARNOWSKIE GÓRY RYNEK 47

32 RESTAURACJA PODKOWA SIEMIERZ SUCHA 4

37 RESTAURACJA MAXIMUS WOJKOWICE SOBIESKIEGO 56

46 RESTAURACJA META SZCZYRK SKOŚNA 4 49 CITY PIZZA CIESZYN STAWOWA 30

166 TELEPIZZA ZJEDNOCZENIA 2 CHORZÓW

167 TELEPIZZA JÓZEF CZAKA 4 BYTOM

168 RESTAURACJA MAXIMUS NANKERA 195 PIEKAY

169 TELEPIZZA CHORZOWSKA 7 RUDA ŚLĄSKA

170 TELEPIZZA WRÓBLEWSKIEGO 67 SIEMANOWICE

80 RESTAURACJA MAG T.KOŚCIUSZKI 67A ŚLĄSKIE MYSZKÓW

90 SUESTA GLIWICKA 158A MIKOŁÓW

91 TELEPIZZA TOWAROWA 1 MYSŁOWICE

94 TELEPIZZA OZIMSKA 19 OPOLE

111 PIZZERIA EXPRES MREJA 2 KĘPIEŹCZYN

Ponadto punkt w poz. 55 nie jest restauracją ale pensjonatem, w którym w ogóle nie serwuje się posiłków:

55 RESTAURACJA OGRODZISKO WISŁA MALINKA

W punkcie 56 posiłki są serwowane tylko gościom hotelowym, a więc nie spełnia wymogu SWZ ogólnej dostępności, doprecyzowanego w odpowiedzi nr 1 z dnia 15 lutego 2012 r.:

4

56 RESTAURACJA ZIMOWIT USTROŃ SZPITALNA 88

Ponadto, placówka z poz. 125 nie jest zlokalizowana w Niemodlinie, ale we wsi Rzędziwojowice, a więc również nie powinna zostać uwzględniona w ocenie jako nie znajdująca się w miejscowości z załącznika 3:

125 COMFORT EXPRESS 216 KM AUTOSTRADY A4 NIEMODLIN

MLYŃSKI STAW - KIERUNEK WROCŁAW

Podobnie, placówka z po. 12 znajduje się w miejscowości spoza załącznika nr 3 - Łany Wielkie, a nie w Sośnicowicach:

12 PIZZA U RUDNIKA SOŚNICOWICE WIEJSKA 39

Następujące punkty nie realizują bonów Sodexo Motivaton Solutions Polska:

32 RESTAURACJA PODKOWA SIEMIERZ SUCHA 4

20 SMAK I WOŹNIAK BĘDZIN 1-GO MAJA 1

90 SJESTA GLIMOKA 158A MIKOŁÓW

Odwołujący podkreślił, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje podane przez Sodexo Motivaton Solutions Polska niewątpliwie miały wpływ na wynik postępowania ponieważ odnoszą się do istotnych cech placówek (bezwzględnie wymaganych przez SWZ), przede wszystkim serwowania posiłków w cenie 7 zł. Uwzględnienie wskazanych powyżej placówek w ocenie ofert mogło mieć i miało wpływ na wynik postępowania. Skala podanych nieprawdziwych informacji - ponad 20% placówek z załącznika 9 - uniemożliwia przyjęcie, iż wykonawca popełnił omyłkę, a w konsekwencji oferta nie może zostać poprawiona w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zdaniem Odwołującego, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyklucza możliwość zastępowania nieprawdziwych informacji prawdziwymi w drodze uzupełniania dokumentów. Szczególnie istotny jest wyrok KIO 2717/11 z 5 stycznia 2012 r., który zapadł przy podobnym stanie faktycznym, i w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nieprawdziwe informacje wobec 6% wskazanych w wykazie placówek nie pozwalają na potraktowanie sytuacji jako omyłki i w konsekwencji stwierdziła, że Sodexo Motivaton Solutions Polska podlega wykluczeniu.

Niezależnie od powyższego, nieznaczna nawet redukcja placówek z wykazu nr 9 skutkowałaby obniżeniem punktacji przyznanej ofercie Sodexo Motivaton Solutions Polska, co prowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego.

Podał wreszcie Odwołujący, że zaakceptowanie takiej sytuacji przez Zamawiającego stanowi jednocześnie przejaw nierównego traktowania wykonawców, gdyż wybrany wykonawca, który naruszył warunki specyfikacji i przepisy prawa został potraktowany tak samo jak wykonawca, tj. Odwołujący, który dostosował się do wymogów specyfikacji i prawa.

5

Wykonawca, który zaoferował mniejszą liczbę placówek spełniających wymogi specyfikacji został oceniony tak jakby zaoferował liczbę większą, lub też jakby zaoferował placówki spełniające wymogi specyfikacji.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowił (pkt 4. *Opis przedmiotu zamówienia, ust. 1-3*), że przedmiotem zamówienia jest dostawa 481 678 szt. bonów żywieniowych w formie papierowej, o nominale 7 zł za 1 szt. na zakup posiłków profilaktycznych dla uprawnionych pracowników jednostek organizacyjnych Poczty Polskiej

S.A. obsługiwanych przez Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach. Załącznik nr 3a do siwz uwzględnia wszystkie placówki pocztowe na terenie działania CIOR Katowice tj. woj. śląskiego i opolskiego. Zamawiający zastrzegł, że pod pojęciem bonów żywieniowych należy rozumieć emitowane i oferowane przez wykonawcę znaki legitymacyjne (art. 921 ¹⁵ k.c.) na okaziciela podlegające wymianie na towary lub usługi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 z późn. zmianami). Zamawiający postanowił, że nie przyjmie bonów w wersji elektronicznej (karty elektroniczne) jako spełniające wymogi zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że bony żywieniowe, będące przedmiotem zamówienia, przeznaczone będą do uiszczania opłaty za zakup posiłków profilaktycznych, z wyłączeniem zakupu wyrobów alkoholowych i tytoniowych, w punktach podanych przez wykonawcę w ofercie i uwzględnionych w zapisach umowy. Posiłki profilaktyczne do otrzymania których uprawnieni są pracownicy Poczty Polskiej powinny zawierać od 50% do 55% węglowodanów, od 30% do 35% tłuszczów oraz 15% białek i posiadać wartość kaloryczną około 1000 kcal. Wartości odżywcze posiłków profilaktycznych, kupowanych na podstawie bonów, są określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz.U. Nr 60 poz.279), jak również Uchwałą nr 322 Zarządu Poczty Polskiej S.A. z dnia 12.10.2010 r.

W pkt 9 pkt 13 i 14 specyfikacji, Zamawiający zawarł wymaganie, zgodnie z którym na ofertę składają się między innymi dwa wykazy:

- wykaz punktów gastronomicznych wraz z nazwą i adresem, w miejscowościach w których znajdują się placówki pocztowe, wyszczególnione w załączniku nr 3 do siwz, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 9 do siwz, oraz z zachowaniem kolejności miejscowości

wykazanych przez zamawiającego. *W wykazie należy podać najwyżej 1 pkt. gastronomiczny w danej miejscowości. W przypadku gdy wykonawca nie posiada punktu gastronomicznego w wymaganej miejscowości winien wpisać „0”. Zamawiający uzna punkty gastronomiczne za spełniające warunki siwz tylko te, w których istnieje możliwość zakupu posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego równej 7,00 PLN.*

- wykaz punktów gastronomicznych na terenie działania CIOR Katowice tj. województwa śląskiego i opolskiego, w których możliwa jest realizacja bonów żywieniowych, podając nazwy i adresy tych punktów, w tym również punktów w miejscowościach, w których znajdują się placówki pocztowe, wyszczególnione w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (z wyłączeniem punktów gastronomicznych podanych w wykazie o którym mowa w pkt. 13), z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający sporządził wykaz miejscowości, w których funkcjonują Urzędy Pocztowe mający służyć za podstawę sporządzenia wykazu przez wykonawców (załącznik nr 3) a także wykaz placówek pocztowych wraz ze wskazaniem ich adresu (załącznik nr 3 a).

Zamawiający w udzielonych odpowiedziach na zadane wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia pytania wyjaśnił znaczenie punktu gastronomicznego oraz charakter wykazu opracowanego według załącznika nr 9:

„Zgodnie z Uchwałą nr 322/2010 z 12.10.2010 r. Zarządu Poczty Polskiej S.A priorytetem dla Zamawiającego jest zapewnienie w miejscowości, w której funkcjonuje urząd pocztowy dostępu do co najmniej jednego punktu gastronomicznego realizującego bony.

W załączniku nr 9 winny znaleźć się zatem wyłącznie punkty gastronomiczne gwarantujące zakup posiłku profilaktycznego w cenie nie przekraczającej nominalu bonu tj. 7 zł (nie wyższej - zgodnie z obowiązującą w Poczcie Polskiej S.A stawką posiłku przypadającą na „roboczo dzień” pracy dla jednego pracownika).

Zamawiający uwzględnił w SIWZ możliwość nie spełnienia w/w wymogów poprzez wprowadzenie zapisu umożliwiającego wpisanie przez oferentów „0” w załączniku nr 9.

Powyższy zapis dotyczy zarówno sytuacji pojedynczego Wykonawcy (np. brak stosownych uregulowań pomiędzy punktem gastronomicznym nie gwarantując zakupu posiłku w cenie do 7zł (nominału bonu) przez pracownika/ów Poczty Polskiej S.A w danej miejscowości. Przy czym Zamawiający nie wymaga aby był to stale jednostajny posiłek - może być to np. tzw. „danie dnia” lub posiłki łączone np. na wagę w cenie do 7zł wartości bonu i spełniające zapisy SIWZ np. kaloryczności), jak i możliwości niespełnienia kryterium poprzez wszystkich potencjalnych oferentów z przyczyn od nich niezależnych (np. całkowity brak punktu

gastronomicznego w danej miejscowości/ach - dla wszystkich będzie to zatem „0”) co nie wyklucza spełnienia zapisów SIWZ, a tym samym udziału w postępowaniu.

7

Z uwagi na powyższe Zamawiający nie dopuszcza zgłoszenia w załączniku nr 9 jak i nr 10 sklepów spożywczych. Wszystkie punkty pozostałe nie spełniające kryteriów oceny SIWZ oferent z którym będzie zawarta umowa ma możliwość wykazać (zgodnie z zapisami SIWZ ust. 20 pkt.3) w załączniku nr 6 do umowy (Zamawiający nie uzna za błąd zgłoszonych w nim punktów oferujących sprzedaż artykułów spożywczych).” (odpowiedź na pytanie z 2 lutego 2012 r.).

„Zgodnie z Uchwałą nr 322/2010 z 12.10.2010r Zarządu Poczty Polskiej S.A priorytetem dla Zamawiającego jest zapewnienie w miejscowości, w której funkcjonuje urząd pocztowy dostępu do co najmniej jednego punktu gastronomicznego realizującego bony. W załączniku nr 9 winny znaleźć się zatem wyłącznie punkty gastronomiczne gwarantujące zakup posiłku profilaktycznego w cenie nie przekraczającej nominału bonu tj. 7 zł (nie wyższej - zgodnie z obowiązującą w Poczcie Polskiej S.A stawką posiłku przypadającą na „roboczo dzień” pracy dla jednego pracownika).

W załączniku nr 9 do SIWZ wymagane jest spełnienie warunku gwarancji zapewnienia posiłku nie przekraczającego wartości nominału bonu tj. 7 zł z kolei załącznik nr 10 do SIWZ nie jest niniejszym uwarunkowany. Poza powyższym wszystkie punkty pozostałe nie spełniające kryteriów oceny SIWZ oferent z którym będzie zawarta umowa ma możliwość wykazać (zgodnie z zapisami SIWZ ust. 20 pkt.3) w załączniku nr 6 do umowy (Zamawiający nie uzna za błąd zgłoszonych w nim punktów oferujących sprzedaż artykułów spożywczych, czy nie mających w swym menu posiłków w kwocie do 7zł).” (odpowiedzi z 15 lutego 2012 r.)
W pkt 18 specyfikacji, Zamawiający opisał kryteria oceny ofert:

- 1) cena brutto – (waga) 50%
- 2) wykaz punktów gastronomicznych gwarantujących zakup posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego 7,00 zł w miejscowościach wykazanych w załączniku nr 3 do siwz tj. miejscowościach w których znajdują się placówki pocztowe – (waga) 40%;
(Do oceny przyjęty zostanie maksymalnie jeden punkt gastronomiczny w danej miejscowości. W przypadku gdy wykonawca nie będzie dysponował 1 punktem gastronomicznym w miejscowości wykazanej w załączniku nr 3 do siwz winien wpisać 0).
- 3) wykaz wszystkich punktów gastronomicznych na terenie działania CIOR Katowice, tj. woj. śląskiego i opolskiego, z wyłączeniem punktów gastronomicznych podanych w pkt. 2) – (waga) 10 %.

Oferta, w której podany zostanie maksymalnie 1 punkt gastronomiczny, w każdej wymaganej miejscowości w której znajdują się placówki pocztowe, gwarantujący zakup posiłku w cenie nominalnej bonu 7,00 zł, otrzyma 10 pkt., które będą mnożone przez wagę - 40 %. Obliczenie punktacji za punkty gastronomiczne gwarantujące zakup posiłku w cenie nominalnej bonu 7,00 zł na terenie miejscowości wykazanych w załączniku nr 3 odbędzie się wg wzoru:

8

$P = (P_{ob} : P_{max}) \times 10 \text{ pkt.} \times 40 \%$, gdzie:

P – liczba punktów przyznana danemu Wykonawcy za punkty gastronomiczne w miejscowościach wymienionych w załączniku nr 3 do siwz, w których możliwe będzie zrealizowanie bonów żywieniowych,

P_{ob} – liczba punktów gastronomicznych badanej oferty,

P_{max} – największa liczba punktów gastronomicznych w miejscowościach wskazanych przez zamawiającego w załączniku nr 3 do siwz.

Oferta z największą ilością punktów gastronomicznych na terenie działania CIOR Katowice, tj. województwa śląskiego i opolskiego (z wyłączeniem punktów ujętych w pkt. 18.4) realizujących bony miała otrzymać 10 pkt., które będą mnożone przez wagę 10 %. Obliczenie punktacji za ilość punktów gastronomicznych realizujących bony odbędzie się wg wzoru:

$$P = (P : P_{max}) \times 10 \text{ pkt.} \times 10 \%$$

P – liczba punktów przyznana danemu Wykonawcy za liczbę punktów gastronomicznych na terenie działania CIOR Katowice tj. województwa śląskiego i opolskiego w których możliwe będzie zrealizowanie bonów żywieniowych,

Pob – liczba punktów gastronomicznych badanej oferty,
Pmax – największa ilość punktów gastronomicznych na terenie woj. śląskiego i opolskiego.

Obaj wykonawcy zaoferowali te same ceny i otrzymali w tym kryterium po 5 punktów.
Odwołujący w wykazie według załącznika nr 9 (kryterium punktowane według wagi 40%)
podał 75 placówek i w tym kryterium otrzymał maksymalną liczbę punktów – 4, zaś
przystępujący podał 74 placówki i otrzymał 3,95 punktów.
Odwołujący w wykazie według załącznika nr 10 (kryterium punktowane według wagi 10%)
podał 439 placówek i w tym kryterium otrzymał 0,91 punktów, zaś Przystępujący podał 481
punktów i otrzymał 1 punkt.
Odwołujący uzyskał łącznie 9,91 pkt, przystępujący zaś 9,95 pkt.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany

9

przez odwołującego może skutkować uzyskaniem przez odwołującego zamówienia, zarówno w razie nakazania wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jak i negatywnej dla tego wykonawcy weryfikacji przyznanej punktacji. Wobec zakwestionowania wyłącznie punktacji w kryterium drugim, o wadze 40%, wyeliminowanie w ofercie przystępującego choćby jednego punktu gastronomicznego skutkuje zmianą łącznej punktacji na korzyść odwołującego, w taki sposób, że jego oferta staje się korzystniejszą.

Podkreślenia na wstępie wymaga, iż w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, ocenie podlegała zakwestionowana w odwołaniu czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym poprzedzająca ją czynność przyznania odpowiedniej punktacji według zawartości załącznika nr 9 w ofercie przystępującego. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W zakresie wykraczającym poza brzmienie postawionych w odwołaniu zarzutów, uwzględniając wyrażone w art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczenie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą jedynie do zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie mogły podlegać rozpatrzeniu zastrzeżenia podnoszone przez przystępującego w przystąpieniu a następnie na rozprawie, w tym złożone przez tego wykonawcę dokumenty.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem organem powołanym do ogólnej kontroli działalności zamawiającego, nie działa także z urzędu, zaś zakres jej orzekania jest określony brzmieniem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów w odwołaniu.

Tak wyznaczony zakres odwołania był wiążący w postępowaniu odwoławczym. Poza zakresem zainteresowania i analizy pozostawały zatem wszelkie inne zagadnienia, związane z oceną oferty odwołującego, podnoszone w przystąpieniu - wszystkie te dokumenty nie podlegały ocenie Zamawiającego, nie mieszczą się przy tym w zakresie czynności oraz zaniechań kwestionowanych przez odwołującego. Także wynikający z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek uwzględnienia przy wydaniu wyroku stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, nie oznacza rozszerzenia kognicji Krajowej Izby Odwoławczej o okoliczności, które nie zostały zakwestionowane w odwołaniu i które nie odnoszą się do zarzutów w tym odwołaniu podniesionych.

przystępujący nie skorzystał z przysługującej możliwości wniesienia własnego odwołania, w którym mógłby kwestionować ocenę konkurencyjnej oferty, zaś jego stanowisko wyrażone w przystąpieniu nie może zastępować takiego odwołania. W zakresie zatem, w jakim stanowisko to nie odnosi się do postawionych zarzutów a zawiera własne zarzuty przystępującego wobec oferty odwołującego – nie mogło ono być brane pod uwagę.

Odnosząc się do zarzutów postawionych w odwołaniu, podkreślenia wymaga, że odwołujący zakwestionował pierwotnie w odwołaniu – 21 spośród 74 punktów gastronomicznych wskazanych w ofercie przystępującego w wykazie według załącznika załączniku nr 9. Na rozprawie odwołujący cofnął zastrzeżenia kierowane wobec dwóch punktów gastronomicznych, to jest: wskazanej w pozycji 8 wykazu Sodexo Pizzerii Caro w Pilchowicach przy ul. Damrota 5 oraz podanej w pozycji 90 restauracji Sjestà w Mikołowie przy ul. Gliwickiej 158 a.

Odwołujący przy tym kwestionuje wyłącznie informacje zawarte w wykazie opracowanym według załącznika nr 9 w ofercie przystępującego, które służą ustaleniu punktacji w jednym z kryteriów tj. *liczbie punktów gastronomicznych gwarantujących zakup posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego 7,00 zł w miejscowościach wykazanych w załączniku nr 3 do siwz tj. miejscowościach w których znajdują się placówki pocztowe* (kryterium o wadze 40%).

Jednocześnie odwołujący nie kwestionuje oceny Zamawiającego w pozostałych kryteriach: cena – gdzie przystępującemu i odwołującemu przyznano maksymalną ilość punktów, tj. po 5 pkt; odwołujący nie kwestionuje też oceny w drugim kryterium, czyli liczbie ujętych w wykazie wg załącznika nr 10 *wszystkich punktów gastronomicznych na terenie działania CIOR Katowice, tj. woj. śląskiego i opolskiego, z wyłączeniem punktów gastronomicznych podanych w pkt. 2)*, o wadze 10% , gdzie odwołujący uzyskał 0,91 pkt, zaś przystępujący 1,00 pkt. W ramach pozostałych, niekwestionowanych w odwołaniu kryteriów, przystępujący uzyskał przewagę w stosunku do odwołującego stanowiącą 0,04 pkt.

W ramach kwestionowanego kryterium, to jest ujętej w wykazie nr 9 *liczby punktów gastronomicznych gwarantujących zakup posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego 7,00 zł w miejscowościach wykazanych w załączniku nr 3 do siwz tj. miejscowościach w których znajdują się placówki pocztowe* (kryterium o wadze 40%) odwołujący – dla osiągnięcia skutku w postaci wpływu na wynik postępowania (tego zaś wymaga zarówno art. 192 ust. 2 ustawy jak i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy), rozumianego jako taka zmiana punktacji w ramach kryterium, która doprowadzi do zmiany pozycji odwołującego, a w konsekwencji – do takiej relacji punktów przyznanych ofercie odwołującego wobec punktacji przystępującego, która w ogólnym bilansie we wszystkich trzech kryteriach da odwołującemu

większą ilość punktów, musiałby skutecznie podważyć choćby jedną pozycję z wykazu wg. załącznika nr 9.

Wobec niezakwestionowania przyznanej punktacji w pozostałych dwóch kryteriach, gdzie przystępujący uzyskał przewagę w stosunku do odwołującego stanowiącą 0,09 pkt (w ramach pozostałych dwóch kryteriów odwołujący uzyskał 5,91 pkt, a przystępujący 6 pkt), wpływ na wynik postępowania będzie miało skuteczne zakwestionowanie choć jednego punktu gastronomicznego w wykazie wg załącznika nr 9. Ta punktacja zależy zaś od wzajemnej relacji ilości punktów gastronomicznych w ofercie odwołującego jak i przystępującego. Odwołujący wykazał ich 75, zaś przystępujący 74. Przy tej ilości punktów gastronomicznych w ofertach obu wykonawców, otrzymali oni, według algorytmu: $P = (P : ob P) \times 10 \text{ pkt.} \times 40\%$, odpowiednio: odwołujący 4 pkt i przystępujący 3,95. Zmiana in minus choćby o jeden punkt gastronomiczny w ofercie Sodexo Motivation Solutions Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, powoduje, że oferta odwołującego która uzyskała 9,91 pkt, będzie korzystniejszą aniżeli oferta przystępującego:
- przy uznaniu 73 punktów gastronomicznych w ofercie Sodexo Motivation Solutions Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawca ten uzyska w kryterium ocenianym wg wagi 40%, według algorytmu: $P = (73 : 75) \times 10 \times 40\%$, łącznie, po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku 3,89 pkt, zaś w ogólnej punktacji: 9,89 pkt;

- przy uznaniu 72 punktów gastronomicznych w ofercie Sodexo Motivation Solutions Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawca ten uzyska według algorytmu: $P = (72 : 75) \times 10 \times 40\%$, łącznie 3,84 pkt, zaś w ogólnej punktacji: 9,84 pkt, oraz przy dalszych zmniejszeniach liczby punktów gastronomicznych w załączniku nr 9 do oferty odpowiednio mniej punktów.

Odwołujący stawia zarzut podania we wskazanych w odwołaniu pozycjach nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy), upatrując takich informacji w oświadczeniu wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska spółki z o.o. w Warszawie o możliwości dokonania zakupu we wskazanych lokalach i punktach gastronomicznych posiłku w cenie 7 zł, a także, że jeden z punktów (Restauracja Ogrodzisko w Wiśle) jest pensjonatem, w którym w ogóle nie serwuje się posiłków, w kolejnym posiłki serwowane są wyłącznie gościom hotelowym (restauracja Ziemowit w Ustroniu poz. 56 wykazu przystępującego) nie spełnia więc wymogu specyfikacji ogólnej dostępności, zaś następny nie jest zlokalizowany w Niemodlinie, ale we wsi Rzędziwojowice, a więc również nie powinien zostać uwzględniony w ocenie jako nie znajdujący się w miejscowości z załącznika 3 (restauracja Comfort Express – Młyński Staw, 216 km autostrady kier. Wrocław – poz. 125 wykazu przystępującego), placówka z poz. 12, tj. „Pizza u Rudika” znajduje się w miejscowości spoza załącznika nr 3 - Łany Wielkie, a nie w Sośnicowicach, a Restauracja Podkowa w Siewierzu (poz. 32 wykazu) oraz „Smak i

12

Woźniak” w Będzinie (poz. 20 wykazu) nie realizują bonów Sodexo Motivaton Solutions Polska.

Poddając analizie wskazane w ofercie Sodexo Motivation Solutions Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w wykazie wg załącznika nr 9 punkty gastronomiczne, w kontekście podniesionych w odwołaniu zarzutów, w szczególności zarzutu złożenia w kwestionowanych pozycjach tego wykazu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy), na wstępie podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zasianie niepewności, czy wywołanie wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość – przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga uzyskania pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. To szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o istniejącej rzeczywistości, która nie może być traktowana subiektywnie lub w oparciu o jednostronnie przedstawiony stan faktyczny. Ustalenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołano się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 1095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego [np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Powyższe rozumienie pojęcia

13

„nieprawdziwych” informacji nawiązuje do obiektywnej niezgodności treści podawanych oświadczeń z rzeczywistością.

Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05 *niepubl.*). Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający czytelnie dał wyraz, że katalog miejscowości podany w załączniku nr 3 i 9 do specyfikacji ma charakter zamknięty i nie pozwala na jego rozszerzające traktowanie. Wskazał też wyraźnie, że inne punkty, nie spełniające wymagań według kryteriów wyżej opisanych np. sklepy spożywcze mogą zostać ujęte w innym wykazie, opracowanym wg załącznika nr 10. Opracowanie dwóch odrębnych formularzy, każdy o innym zakresie miejscowości wskazuje na zamiar zamawiającego odrębnego traktowania tych wykazów, w tym, że katalog miejscowości w załączniku nr 3 i 9 został przez zamawiającego narzucony. Nadto, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w załączniku 3 i 9 – wyraźnie mowa o miejscowościach, co pozwala uznać wyłącznie jednostki administracyjne stanowiące miasta lub wsie, nie zaś szerzej np. gminy odpowiadające wskazanym w wykazie przez zamawiającego miejscowościom. Rzeczą wykonawców było zastosować się do tak skonstruowanych warunków postępowania, przy czym nie budzi wątpliwości, że każdy wykaz miał inne znaczenie: wykaz wg załącznika nr 9 miał służyć przyznaniu punktacji według najwyższego punktowanego kryterium (waga 40%), wykaz wg załącznika nr 10 – przyznaniu punktacji według kryterium punktowanego 10%. Wykonawca biorący udział w postępowaniu składał w każdym wykazie odpowiednie oświadczenia, w tym te, o możliwości dokonania zakupu posiłku profilaktycznego w cenie do 7 zł w punktach położonych w konkretnych, wyspecyfikowanych przez zamawiającego miejscowościach w sposób świadomy i celowy – służący przyznaniu punktacji. Zatem wykonawca podając

konkretną lokalizację – miejscowość wraz z adresem konkretnego punktu gastronomicznego gwarantował, że będzie możliwe nabycie w nim posiłku o walorach wymaganych przez zamawiającego i za cenę nie przekraczającą 7 zł, ponosi zatem pełne konsekwencje za zweryfikowanie tych informacji. Wykonawcy składający tego rodzaju oświadczenia są dysponentami wiedzy, czy łączy ich z daną placówką odpowiednia umowa pozwalająca zrealizować przedmiotowe zamówienie, co i w jakiej cenie można w niej nabyć, a wreszcie – w jakiej miejscowości i pod jakim adresem się ona znajduje. Nie sposób zatem uznać takich oświadczeń za składanych w warunkach braku pełnej wiedzy o tak elementarnych okolicznościach, dotyczących przykładowo dokładnego adresu własnego kontrahenta, co do którego wykonawca deklaruje możliwość nabywania posiłków w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy przyjąć, że jeśli wykonawca podaje w wykazie konkretne punkty gastronomiczne, to czyni to zarówno z należyтым rozeznaniem, w oparciu o informacje rzeczywiste – oparte przecież na łączących go z danym lokalem porozumieniach umownych, jak i po dokładnym sprawdzeniu tych informacji, za co bierze pełną odpowiedzialność. Za prawdziwość tych informacji podanych w wykazie w pełni odpowiada zatem wykonawca. Powyższe wyznacza zakres staranności oczekiwanej od wykonawców w analizowanym postępowaniu. Jeśli więc wykonawca ujmuje dany punkt gastronomiczny w wykazie (tutaj: wykazie wg załącznika nr 9), to winien czynić to z należytyą starannością, w oparciu o pewne i sprawdzone informacje wynikające z łączącego go porozumienia z jednostką oraz realizowanej współpracy. Wykonawca ponosi też pełne konsekwencje wynikające z podania niesprawdzonych informacji, czy dotyczących

niedokładnych danych, szczególnie, że cel złożenia tych informacji jest mu znany – ma służyć uzyskaniu punktacji, według kryterium relatywnie wysoko punktowanego (w istocie kluczowego), a obowiązek ścisłego traktowania informacji, w szczególności miejscowości w których punkty gastronomiczne są położone, został przez zamawiającego czytelnie podkreślony w specyfikacji, a dodatkowo jeszcze zaakcentowany w ramach odpowiedzi na zadane pytania (odpowiedź z 2 lutego 2012 r.). Podzielono w powyższym zakresie ocenę wymaganej staranności oraz konsekwencje jej niezachowania wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r. w spr. KIO 2717/11.

Punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia postawionych w odwołaniu zarzutów jest przesądzenie znaczenia wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do zawartości merytorycznej wykazu wg załącznika nr 9 do specyfikacji.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga znaczenie spornego wykazu wyartykułowane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia względem punktów gastronomicznych, a następnie doprecyzowane w odpowiedziach z dnia 2 lutego 2012 r. (pismo Zamawiającego nr ORZ/64/12) oraz z dnia 15 lutego 2012 r. (pismo z dnia ORZ/ICIOR3/193/11/92/12) na zadane wobec brzmienia specyfikacji pytania. Zgodnie

15

z wymaganiami Zamawiającego, bony będące przedmiotem zamówienia miały umożliwiać zakup posiłku profilaktycznego (spełniającego zatem wymagania dot. kaloryczności – około 1000 kcal, składu: od 50% do 55% węglowodanów, od 30% do 35% tłuszczów oraz 15% białek, oraz dodatkowo wymagania dot. wartości odżywczych, określone w *Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów*) w cenie 7 zł, zaś punkty gastronomiczne, w których te bony można było realizować miały spełniać warunki opisane w odpowiedzi z dnia 15 lutego 2012 r. na pytanie 1, to jest mieć charakter stały, być ogólnie dostępnymi dla konsumentów, oferować szeroki i zróżnicowany asortyment potraw i napojów, a przedmiotem ich działalności powinno być przygotowywanie oraz sprzedaż posiłków i napojów do spożycia na miejscu i lub na wynos (w tym również zbiorowego żywienia, zapewniająca konsumentom posiłki, głównie obiadowe ale także śniadaniowe i kolacje). Ponadto, punkt powinien być prowadzony w np. restauracji, barze, bufecie, stołówce, w hotelu, motelu, zajeździe, schronisku, pensjonacie, domu wypoczynkowym lub innym miejscu krótkotrwałego pobytu, z wyłączeniem wagonów kolejowych, wchodzących w skład pociągu oraz statków pasażerskich.

Analiza treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wyjaśnienia jej treści (odpowiedzi zamawiającego z dnia 2 lutego oraz 15 lutego 2012 r. na zadane pytania) wyraźnie wskazują, że w składanym w ofercie załączniku według wzoru nr 9 wykonawcy mieli podać wyłącznie punkty gastronomiczne w których można nabyć posiłek spełniający wymagania zamawiającego stawiane dla posiłków profilaktycznych za cenę nie wyższą niż 7 zł, przy czym punkty te miały znajdować się wyłącznie w miejscowościach, które zamawiający wyspecyfikował w załączniku 3 oraz komplementarnym do niego wzorze do wypełnienia dla wykonawców (załącznik nr 9 do specyfikacji). Nie wydaje się w tej mierze dopuszczalną elastyczną, rozszerzającą interpretacją wykazu miejscowości podanych w każdym z tych załączników, która by pozwalała uznać miejscowości pobliskie, sąsiedzkie do tych, które zamawiający wymienił. Stoi temu bowiem na przeszkodzie fakt, że zamawiający wyraźnie stworzył dwa wykazy, odrębnie punktowane, z których pierwszy – wg załącznika nr 3 i 9 do specyfikacji ma wyraźnie charakter zamkniętego, podczas gdy drugi (załącznik nr 10) pozwala zamieścić te lokale i punkty gastronomiczne, które nie mieszczą się w załączniku 3. Jeśli zamawiający sztywno określił wykaz miejscowości w załączniku 3 i 9, to nie daje to możliwości rozszerzającego traktowania tak określonego katalogu miejscowości, w których mają być położone wykazywane lokale. W przeciwnym wypadku zamawiający wskazałby te miejscowości nie poprzez enumeratywne wyliczenie nazw miejscowości, (przy czym dostrzeżenia wymaga, że to wyliczenie opatrzone zostało zastrzeżeniem, że wykonawcom wolno podać jedynie jeden punkt gastronomiczny w danej miejscowości), ale określiłby katalog miejscowości w sposób otwarty, wskazując przykładowo zakresy działania urzędów pocztowych, czy w inny sposób dający możliwość

16

szerszego, aniżeli ograniczony do wskazanej miejscowości podania położenia lokalu. Zamawiający jednak wyspecyfikował miejscowości w załączniku nr 3 w sposób zamknięty,

nie dając przy tym żadnych sygnałów, by to wyliczenie miało charakter luźnego. Przeciwnie – zamawiający w ramach odpowiedzi z dnia 2 lutego 2012 r. na pytanie nr 1 dał wyraz tego, że katalog miejscowości z załącznika nr 3 i 9 należy traktować ściśle: „Zgodnie z Uchwałą nr 322/2010 z 12.10.2010r Zarządu Poczty Polskiej SA priorytetem dla Zamawiającego jest zapewnienie w miejscowości, w której funkcjonuje urząd pocztowy dostępu do co najmniej jednego punktu gastronomicznego realizującego bony. W załączniku nr 9 winny znaleźć się zatem wyłącznie punkty gastronomiczne gwarantujące zakup posiłku profilaktycznego w cenie nie przekraczającej nominału bonu tj. 7 zł (nie wyższej – zgodnie z obowiązującą w Poczcie Polskiej SA stawką posiłku przypadającą na roboczodzień pracy dla jednego pracownika).

Zamawiający uwzględnił w SIWZ możliwość nie spełnienia w/w wymogów poprzez wprowadzenie zapisu umożliwiającego wpisanie przez oferentów „0” w załączniku nr 9. Powyższy zapis dotyczy zarówno sytuacji pojedynczego Wykonawcy (np. brak stosownych uregulowań pomiędzy punktem gastronomicznym nie gwarantując zakupu posiłku w cenie do 7zł (nominału bonu) przez pracownika/ów Poczty Polskiej S.A w danej miejscowości. Przy czym Zamawiający nie wymaga aby był to stale jednostajny posiłek - może być to np. tzw. „danie dnia” lub posiłki łączone np. na wagę w cenie do 7zł wartości bonu i spełniające zapisy SIWZ np. kaloryczności), jak i możliwości niespełnienia kryterium poprzez wszystkich potencjalnych oferentów z przyczyn od nich niezależnych (np. całkowity brak punktu gastronomicznego w danej miejscowości/ach - dla wszystkich będzie to zatem „0”) co nie wyklucza spełnienia zapisów SIWZ, a tym samym udziału w postępowaniu.”

Na tak postrzeganą sztywność i niedopuszczalność rozszerzającego traktowania postanowień specyfikacji wskazuje dodatkowo jej pkt 9 ust. 1 pkt 13: „Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki: (...) **wykaz punktów gastronomicznych wraz z nazwą i adresem, w miejscowościach w których znajdują się placówki pocztowe, wyszczególnione w załączniku nr 3 do siwz, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 9 do siwz, oraz z zachowaniem kolejności miejscowości wykazanych przez zamawiającego.** W wykazie należy podać najwyżej 1 pkt. gastronomiczny w danej miejscowości. W przypadku gdy wykonawca nie posiada punktu gastronomicznego w wymaganej miejscowości winien wpisać „0”. Zamawiający uzna punkty gastronomiczne za spełniające warunki siwz tylko te, w których istnieje możliwość zakupu posiłku w cenie nominalnej bonu żywieniowego równej 7,00 PLN.” Zamawiający zaakcentował zatem nie tylko konieczność podania wyłącznie miejscowości w których znajdują się placówki pocztowe, wyszczególnione w załączniku nr 3 do specyfikacji, ale także nienaruszalność samej konstrukcji wykazu, wymagając zachowania kolejności tych miejscowości.

17

Zatem nie można zgodzić się, jakoby zamawiający wymaganie podania określonych miejscowości w załączniku nr 3 i 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia traktował jedynie kierunkowo, pozwalając zmienić określony tam katalog miejscowości i ująć inne lokalizacje, leżące w bliskiej odległości od wymienionych miejscowości. Nic takiego bowiem ze specyfikacji nie wynika.

Bezspornie zamawiający wymagał też – na co wskazuje brzmienie specyfikacji jak i odpowiedź z dnia 2 lutego 2012 r. na zadane pytanie – by w wymienionych w wykazie punktach gastronomicznych wg załącznika nr 9 lokalach można było nabyć posiłek opisany w pkt 4 ust. 2 i 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (posiłek profilaktyczny, z wyłączeniem wyrobów alkoholowych i tytoniowych, zawierający od 50% do 55% węglowodanów, od 30% do 35% tłuszczów oraz 15% białek; posiadający wartość kaloryczną około 1000 kcal o wartościach odżywczych określonych w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów i Uchwale nr 322 Zarządu Poczty Polskiej S.A. z 12.10.2010 r.).

Odnosząc powyższe do podniesionych zarzutów, wskazujących na złożenie przez Sodexo Motivation Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie nieprawdziwych informacji dostrzeżenia wymaga, że odwołujący na potwierdzenie, że podane informacje są nieprawdziwe złożył szereg wniosków dowodowych, mających, w jego zamiarze dowodzić złożenia nie polegających na prawdzie informacji. Mowa tu o oświadczeniach osób, sporządzonych na formularzach opracowanych przez odwołującego i przedłożonych osobom obecnym w odwiedzonych przez siebie punktach, które zostały wskazane przez przystępującego w jego wykazie wg załącznika nr 9. Oświadczenia te, datowane na czas po złożeniu odwołania (21, 22, 23, 27 marca br.), zostały sporządzone według opracowanego

przez odwołującego szablonu, wskazujące adres, nazwę i umiejscowienie danej jednostki (placówka handlowa, gastronomiczna, budynek mieszkalny etc.) zawierają twierdzenie o treści „Oświadczam, że w (...), znajdującym/cej się pod adresem (...) w ramach oferowanych usług gastronomicznych placówka nie prowadzi sprzedaży posiłków w cenie do 7 zł włącznie. Wyżej wymienionych posiłków nie było w ofercie w szczególności na dzień 27.02.2012, ani obecnie nie zamierza się wprowadzić posiłków w takiej cenie”, niekiedy opatrzone o dodatkowe wyjaśnienie dotyczące np. najtańszego posiłku zostały przez odwołującego przedłożone osobom zastanym pod adresami odwiedzonych lokali. Z przedmiotowych oświadczeń, złożonych dla lokali wymienionych w poz. 14, 32, 37, 46, 49, 166, 167, 168, 169, 170, 91, 94, 111, 55, 56 wykazu przystępującego nie sposób ponad wszelką wątpliwość wywieść, że złożono nieprawdziwe informacje: nie jest wiadomym z całą pewnością, jakie osoby złożyły wobec odwołującego takie oświadczenia, czy były one uprawnione do takich oświadczeń, jak i czy posiadały stosowną wiedzę by je w sposób kategoriyczny i miarodajny złożyć. Nawet jeśli podpisane osoby są pracownikami

18

wskazanych w nich jednostek (zwykle owe osoby zostały podpisane na oświadczeniach jako „zastępca kierownika” – „Conieco” w Tarnowskich Górach - poz. 14 wykazu przystępującego oraz Telepizza w Bytomiu – poz. 167 wykazu, Telepizza w Mysłowicach – poz. 91 wykazu; „kierownik” – Telepizza w Rudzie Śląskiej i Telepizza w Siemianowicach Śl. – poz. 169 oraz 170 wykazu, „Dyrektor ds. Marketingu i Sprzedaży” – Meta International sp. z o.o. w Szczurku, poz. 46 wykazu, Prezes City Pizza S.C. za City Pizza – poz. 49 wykazu, pracownik – co do Telepizza w Chorzowie – poz. 166 wykazu lub w ogóle bez wskazania statusu osoby – Hotel Restauracja Podkowa w Siewierzu – poz. 32 wykazu, Pizzeria Maximus – poz. 37 wykazu, restauracja Maximus – poz. 168 wykazu, Pizzeria Expres w Kędzierzynie Koźlu – poz. 111) nie sposób z całą pewnością stwierdzić, czy osoby te posiadały pełną wiedzę pozwalającą w sposób jednoznaczny, pozytywnie przesądzić, że w danym lokalu nie jest możliwe nabycie posiłku, o jakim mowa w tym postępowaniu. Dodatkowo, część tych oświadczeń, sporządzona na wzorach opracowanych przez odwołującego zawiera, poza elementami wkomponowanymi w treść oświadczenia, oraz podpisami osób także odrębne zapisy osoby odbierającej oświadczenia (przedstawiciela odwołującego), wprowadzone za osoby je podpisujące. To także nakazuje z ograniczonym zaufaniem oceniać wskazane oświadczenia. Zwrócić także trzeba uwagę, że w omawianych oświadczeniach, których wzór przygotował odwołujący mówi się ogólnie o posiłkach, nie jest więc wiadomym, w jakiej relacji te oświadczenia pozostają do wymagań dotyczących posiłków stawianych w tym postępowaniu. Wprawdzie pojęcie posiłku jest pojęciem szerszym niż posiłki profilaktyczne wymagane w tym postępowaniu, którym zamawiający postawił względnie szczegółowe wymagania, to w przynajmniej części tych oświadczeń zachodzi pewna niespójność: mowa w nich np. o tym, że „placówka *nie prowadzi sprzedaży posiłków w cenie do 7 zł włącznie*”, po czym w części tytułowanej „wyjaśnienia dodatkowe” zawarte są zastrzeżenia np. o treści:

- „najtańszy posiłek – hamburger – 3,49” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za placówkę „Conieco” w Tarnowskich Górach – poz. 14 wykazu przystępującego);
- „najtańszy posiłek – hamburger – 3,5 zł” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za placówkę Pizzeria Maximus w Wojkowicach – poz. 37 wykazu);
- „najtańszy posiłek w cenie 9 zł – pizza” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za Telepizza w Chorzowie – poz. 166 wykazu przystępującego);
- „najtańszy posiłek w cenie 7,90 zł mini calzone” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za Telepizza w Bytomiu – poz. 167 wykazu przystępującego);
- „najtańszy posiłek to Hamburger 4,5 zł” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za placówkę Maximus w Piekarach Śląskich – poz. 168 wykazu);

19

- „najtańszy posiłek za 7 zł pizza” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za Telepizza w Rudzie Śląskiej – poz. 169 wykazu przystępującego);
- „najtańszy posiłek za 7 zł pizza” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za Telepizza w Siemianowicach Śląskich – poz. 170 wykazu przystępującego);

- „najtańsze posiłki: frytki – 4,50 zł i pizza – 9 zł” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za Telepizza w Mysłowicach – poz. 91 wykazu przystępującego);
- „najtańszy posiłek: frytki – 5 zł i pizza – 9 zł” (vide: oświadczenia pochodzące od osoby składającej oświadczenie za Pizzeria Expres – poz. 111 wykazu przystępującego).
Może to wskazywać, że osoba składająca takie oświadczenie w pewien, nieznan nam sposób rozumie pojęcie posiłku, co do którego składa oświadczenie, lub składa takie oświadczenie bez większej refleksji nad jego treścią i wzajemną spójnością. To także nie pozwala traktować złożonych przez odwołującego oświadczeń jako potwierdzających w sposób niezbity, nie pozostawiający wątpliwości złożenie przez Sodexo Motivation Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie nieprawdziwych informacji. Jak wskazano wyżej, nie jest wystarczającym wywołanie wątpliwości w powyższym zakresie – dla uznania złożenia nieprawdziwych informacji konieczne jest kateryczne i nie wynikające z przypuszczeń przesądzenie, że jest inaczej, aniżeli wynika ze złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Na podstawie samych tylko oświadczeń, w treści i formie złożonej przez odwołującego nie sposób dojść do takiego przekonania.
W odniesieniu do twierdzenia odwołującego, zgodnie z którym pensjonat Ogrodzisko w Wiśle (poz. 55 wykazu przystępującego nie realizuje bonów żywnościowych Sodexo, odwołujący przedłożył własne oświadczenie opatrzone pieczęcią tego lokalu, z którego wynika, że realizowane są tam wyłącznie bony: kupon beauty, kulturalno – rekreacyjny oraz podarunkowy. W powyższym zakresie także nie sposób było uznać wyłącznie na podstawie tego oświadczenia, stanowiącego w istocie własne stanowisko odwołującego o złożeniu nieprawdziwych informacji – samo to oświadczenie odwołującego nie jest wystarczającym dla przesądzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji. Nie sposób bowiem przesądzić, czy podane na miejscu informacje zostały udzielone przez osobę posiadającą odpowiednie rozeznanie w tej mierze. Należy też zwrócić uwagę, że zarzut podniesiony w tej mierze w odwołaniu dotyczył nie kwestii, że nie są realizowane bony żywieniowe sodexo, ale że w ogóle w pensjonacie Ogrodzisko nie są wydawane posiłki innym osobom aniżeli gości pensjonatu – wskazane oświadczenie odwołującego wykracza zatem poza tezę i zarzut wyartykułowany w odwołaniu, czemu stoi na przeszkodzie brzmienie art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Podobnie, z oświadczenia złożonego w odniesieniu do wykazanego w **poz. 56** wykazu Hotelu Ziemowit przez osobę, której status określono jako „recepja”, zgodnie z którym to oświadczeniem „*placówka nie realizuje bonów sodexo żywieniowych*”, „*realizowane są*

wyłącznie bony turystyczne sodexo pass, Hotel nie posiada restauracji, jedynie jadalnię dla gości hotelowych” nie sposób z całą pewnością, przy braku innych dowodów potwierdzających tezę odwołującego, wnioskować o złożeniu przez Sodexo Motivation Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nieprawdziwych informacji.

Nie uznano argumentacji odwołującego w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji w odniesieniu do wskazanego w **poz. 125** wykazu przystępującego punktu Młyński Staw. Odwołujący stawiał w powyższym zakresie zarzut dotyczący tego, że lokal nie jest zlokalizowany w Niemodlinie, ale we wsi Rzędziwojowice, a więc również – zdaniem odwołującego - nie powinien zostać uwzględniony w ocenie jako nie znajdujący się w miejscowości z załącznika 3. Na powyższą okoliczność odwołujący złożył oświadczenie podpisane przez dwie osoby – określone jako menedżer restauracji oraz inną osobę, bez wskazania statusu, opieczetowane dodatkowo pieczęcią AUTOGRILL Polska sp. z o.o., w którym zawarto twierdzenie, że „*placówka o nazwie AUTOGRILL Polska sp. z o.o. znajduje się pod adresem: Autostrada 216 km MOP Młyński Staw Rzędziwojowice*”.
Wyjaśnienia dodatkowe: miejscowość znajduje się w gminie Niemodlin” oraz oświadczenie identycznej treści pochodzące od osób podpisanych w imieniu Shell Polska sp. z o.o., a także wydruki ze strony internetowej na której podano adres lokalu jako „miejscowość MOP III Młyński Staw, adres: 49-100 Niemodlin, 216 km autostrady A 4, kierunek Wrocław” (taki sam wydruk złożył także przystępujący), oraz wydruk mapki pobranej z internetu. Odwołujący złożył także zdjęcia sporządzone na miejscu, mające służyć wykazaniu, że we wskazanym miejscu można skorzystać jedynie z noclegu, zaś posiłki są serwowane na stacji benzynowej. Podkreślenia jednak wymaga, że odwołujący w odwołaniu nie stawiał zarzutów dotyczących niemożności zrealizowania bonów ani niespełniania przez lokal wymagań stawianych przez zamawiającego, zaś dalszemu – ponad złożone odwołanie – rozszerzeniu

zarzutów sprzeciwia się treść przepisu art. 192 ust. 7 ustawy. Co się zaś tyczy zarzutu, zgodnie z którym lokal mieści się w innej miejscowości niż wskazana przez przystępującego, to jest w Rzędziwojowicach a nie w Niemodlinie, złożone wnioski, w tym w szczególności oświadczenia osób za podmioty: AUTOGRILL Polska sp. z o.o. oraz Shell Polska sp. z o.o. nie mogą zostać uznane za wystarczające dla stwierdzenia ponad wszelką wątpliwość, że lokal znajduje się nie w Niemodlinie, ale w Rzędziwojowicach. Nie potwierdza tego także złożony przez odwołującego statut gminy Niemodlin oraz wydruki stron internetowych dotyczące obszaru gminy i składających się na nią miejscowości, w tym Rzędziwojowice – o ile wynika z nich istnienie miasta i gminy Niemodlin, a także istnienie miejscowości Rzędziwojowice z liczbą ludności 256 osób, to spornym w sprawie jest, do jakiej miejscowości administracyjnie należy konkretny lokal, określony jako Comfort Express – Młyński Staw, 216 km autostrady kierunku Wrocław. Nie jest przy tym sporne istnienie

21

miejscowości Niemodlin oraz Rzędziwojowice a także okoliczność, że są to odrębne miejscowości. Sporne jest, czy konkretna lokalizacja: lokal oznaczony jako Comfort Express Młyński Staw położony jest w mieście Niemodlin czy Wsi Rzędziwojowice. Tych informacji na podstawie statutu Gminy oraz informacji na temat miejscowości, które się na tę gminę składają się mnie nie można jednak uzyskać. Stąd za nieprzydatne do wykazania okoliczności spornej i istotnej w przedmiotowym postępowaniu, którą to okolicznością jest, gdzie w rzeczywistości – w jakiej miejscowości – położony jest lokal pod nazwą Comfort Expres Młyński Staw, uznano złożone przez odwołującego wydruki ze strony internetowej dotyczącej Gminy Niemodlin i jej obszaru. Powyższe nie jest sporne i nie było kwestionowane, zaś z treści takiego wydruku nie wynika, czy ten konkretny lokal mieści się w miejscowości Niemodlin albo – do czego zmierzał odwołujący – we wsi Rzędziwojowice. Nie wystarcza do takiego przesądzenia także oświadczenie sporządzone przez odwołującego („notatka służbowa” z dnia 16 marca 2012 r.), oparte na własnym ustaleniu odwołującego. Nie ulega przy tym wątpliwości, że istnieje dostrzegalna trudność w określeniu administracyjnego przyporządkowania tego lokalu – jego położenie jest najczęściej wskazywane poprzez umiejscowienie go jako tuż przy autostradzie (216 km autostrady A4 kier. Wrocław). Ze złożonego na rozprawie przez przystępującego wykazu punktów wchodzących w sieć prowadzoną przez ComfortExpress SA w Pruszkowie wynika, że punkt pod nazwą Comfort Expres Młyński Staw położony jest w Niemodlinie. Nie negując zatem wątpliwości jawiących się w odniesieniu do tego lokalu, stwierdzenia wymaga, że wątpliwości nie są tu wystarczającymi dla stwierdzenia nieprawdziwych informacji, dotyczących jego położenia. Pozytywne, jednoznaczne wykazanie tej okoliczności, ciąży – po myśli art. 6 kc – na odwołującym, jako podmiocie, który wywodzi z tego korzystne skutki prawne. Stąd brak było podstaw do przyjęcia, by w oparciu o złożone przez odwołującego wnioski, w odniesieniu do lokalu, który wskazano w poz. 125 wykazu przystępującego, wykazano złożenie nieprawdziwych informacji polegających na wskazaniu innej niż rzeczywista miejscowości, w której lokal jest położony. Całokształt materiału dowodowego przedłożonego na powyższą okoliczność nie pozwala ponad wszelką wątpliwość sformułować twierdzenia, że punkt pod nazwą Comfort Expres Młyński Staw zlokalizowany jest w Rzędziwojowicach.

Podkreślenia przy tym wymaga, że nie mogła zostać uwzględniona argumentacja podniesiona przez odwołującego dopiero na rozprawie, zgodnie z którą przedmiotowy lokal jest nieczynny, że nie można w nim nabyć w ogóle posiłku, bowiem – jak wskazywał odwołujący – ma on charakter wyłącznie noclegowni, gdzie posiłek można nabyć na stacji benzynowej Shell. Podobnie odwołujący nie wykazał, by ten punkt został przejęty przez stację Shell, bądź w inny sposób zaprzestał działalności pozwalającej ująć go jako punkt w którym można zrealizować posiłek. Powyższe zarzuty i argumentacja nie zostały objęte

22

treścią odwołania, nie mogły być więc brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu sprawy, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie wykazanej w **pozycji 80** wykazu przystępującego restauracji MAG w Myszkowie, odwołujący prezentował stanowisko, zgodnie z którym nie jest możliwe nabycie w tym lokalu posiłku w cenie do 7 zł, na co przedłożył oświadczenie właściciela lokalu, iż „*placówka (...) nie współpracuje z firmą Sodexo Motivation Solution*” oraz „*bony Sodexho nie były nigdy*

realizowane". Na obalenie tej tezy przystępujący złożył umowę nr 10005682 łączącą go z tym podmiotem, w którym wskazano dwa lokale – restaurację MAG oraz kawiarnię MAG, oba w Myszkowie, a następnie oświadczenie z dnia 29 marca 2012 r. właściciela kawiarni MAG w Myszkowie przy ul. Kościuszki 67 a zgodnie z którym „na dzień 27.02.2012 umowa 10005682 pomiędzy Sodexo Motivation Solutions polska sp. z o.o. a Kawiarnia MAG A. Gawlik 42 -300 Myszków była umową aktywną i nie została wcześniej wypowiedziana”. W świetle powyższego należało uznać, że odwołujący, który tezę o niemożności nabycia posiłku w cenie 7 zł w lokalu wskazanym w poz. 80 wykazu przystępującego, tj. restauracji MAG w Myszkowicach przy ul. Kościuszki 67 wywodził ze wskazania w uzyskanym przez siebie oświadczeniu właściciela lokalu o nierealizowaniu bonów Sodexo, nie wykazał zasadności podnoszonego zarzutu.

Następnie, odwołujący wykazywał w odwołaniu, że w ujętym pod **poz. 20** wykazu przystępującego lokalu oznaczonym w tym wykazie jako „Smak i Woźniak w Będzinie przy ul. 1 maja 1” nie są realizowane bony Sodexo. Na rozprawie odwołujący przedłożył oświadczenie właścicielki tego lokalu z dnia 21 marca 2012 r., osygnowane nazwą lokalu „Maxi Pizza, Obiady u mamuni” w Będzinie przy ul. 1 maja 1, zgodnie z którym „placówka (...) nie współpracuje z firmą Sodexo Motivation Solution”. Przystępujący zaś w powyższym zakresie kontrargumentował, składając umowę nr 10019742 dotyczącą tego punktu łączącą go z właścicielami lokalu - Restauracja „Piwnica pod Starym Browarem” w Katowicach, wraz z załącznikiem do umowy *Lista punktów klienta*, gdzie wskazano min.: „P.H.S.C. Smak i Woźniak, 45-200 Będzin, ul. 1 maja 1”. Przystępujący złożył wreszcie oświadczenie z dnia 2 kwietnia 2012 r. opieczetowane jako Restauracja „Piwnica pod Starym Browarem” w Katowicach, o treści: „(...) na dzień 27.02.2012 umowa 10019742 pomiędzy Sodexo Motivation Solutions Polska sp. z o.o. a Restauracją „Piwnica pod Starym Browarem” była umową aktywną i nie została wcześniej wypowiedziana”. Zatem wobec złożenia dwóch oświadczeń o odmiennej treści odpowiednio przez odwołującego oraz przystępującego, z których to złożone przez odwołującego odnosi się do innej nazwy lokalu, aniżeli wskazana przez przystępującego, co pozwala wnioskować że być może dotyczy innej jeszcze placówki tego samego właściciela, przy jednoczesnym złożeniu przez przystępującego umowy, do której nawiązuje złożone przez niego oświadczenie, uznano, że odwołujący nie zdołał

wykazać prezentowanej przez siebie tezy, to jest że w lokalu o nazwie Smak i Woźniak w Będzinie przy ul. 1 maja 1 nie są realizowane bony Sodexo.

Jednocześnie w odniesieniu do wykazanego w **poz. 32** wykazu przystępującego punktu gastronomicznego Restauracja Podkowa w Siewierzu ul. Sucha 4, co do którego podniósł zarówno, że nie są realizowane bony w cenie do 7 zł jak i że nie są tam realizowane bony Sodexo, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, poza oświadczeniem z 27 marca 2012 r. w którym osoba, co do której podano stanowisko „Recepcja” oświadczyła, iż „Oświadczam, że w (...), znajdującym/iej się pod adresem (...) w ramach oferowanych usług gastronomicznych placówka nie prowadzi sprzedaży posiłków w cenie do 7 zł włącznie. Wyżej wymienionych posiłków nie było w ofercie w szczególności na dzień 27.02.2012, ani obecnie nie zamierza się wprowadzić posiłków w takiej cenie”. Ze wskazanych wcześniej względów nie sposób uznać, by na podstawie samego oświadczenia o prezentowanej treści można było wywieść kategoriyczny wniosek o złożeniu nieprawdziwych informacji, zaś w zakresie tego, że w tym, lokalu w ogóle nie są realizowane bony Sodexo – odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, zatem i w tej mierze brak było podstaw do podzielenia zarzutu wyartykułowanego w odwołaniu.

Reasumując, zarzuty sformułowane w odniesieniu do punktów gastronomicznych podanych w poz. 14, 32, 37, 46, 49, 166, 167, 168, 169, 170, 80, 91, 111, 55, 56, 125, 20 nie znalazły potwierdzenia.

Następnie, poddano analizie zarzuty dotyczące podanego w **poz. 12** wykazu przystępującego punktu gastronomicznego, tj. *Pizza u Rudika*. Przystępujący podał w tej mierze adres: Sośnicowice, ul. Wiejska 39, podczas gdy odwołujący wywodził, że lokal znajduje się w Łanach Wielkich, ul. Wiejska 39, na co złożył paragon z tego lokalu wskazujący adres: *Pizza u Rudika, ul. Wiejska 39, 44-153 Łany Wielkie*, własną umowę z tym lokalem, gdzie podano taki sam adres, zaświadczenie z Gminy Sośnicowice podpisane

przez jej Burmistrza, zgodnie z którym miejscowość Łany Wielkie to sołectwo w Gminie Sośnicowice (nie jest częścią miasta Sośnicowice), oraz uchwałę Rady Miejskiej w Sośnicowicach w sprawie uchwalenia Statutu Gminy Sośnicowice, z którego wynika że terytorium Gminy obejmuje Miasto Sośnicowice oraz sołectwa m.in. Łany Wielkie oraz wydruki mapek obszaru Gminy.

Przystępujący złożył na powyższą okoliczność umowę nr 1002624 z 26 listopada 2012 r. Także w tej umowie wskazano jako miejscowość, w której lokal jest położony, to jest Łany Wielkie: „Pizza u Rudika z siedzibą w Łany Wielkie przy ul. Wiejskiej nr 39”, taki też adres widnieje na pieczęci tego podmiotu. W załączonej do tej umowy *Liście punktów klienta – stan na dzień 26.11.11* wskazano m.in. *Pizza u Rudika*, zaś jako adres punktu: kod 44 -

24

153, miasto: Łany Wielkie, ulica, nr: *Wiejska 39*. Z powyższego wynika, że we wszelkich dokumentach wskazywany jest jako adres tego punktu gastronomicznego miejscowość Łany Wielkie. Nie sposób też przyjąć, że wobec faktu, że obie miejscowości: Sośnicowice oraz Łany Wielkie położone są w tak niewielkiej odległości, mogłoby być tak, że istnieje między nimi jedna ulica, której przebieg obejmuje dwie sąsiednie jednostki administracyjne – w takim bowiem wypadku oba adresy na tej samej ulicy miałyby odmienne numery, podczas gdy w analizowanej sprawie w odniesieniu do lokalu *Pizza u Rudika* każdorazowo jest konsekwentnie wskazywana jedna ulica, to jest ul. *Wiejska 39*. W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, by mogło chodzić o dwa różne adresy w różnych miejscowościach, położone jednak na tej samej ulicy. Sporną jest zatem jedynie kwestia, czy lokal położony jest przy ul. *Wiejskiej 39* w Sośnicowicach – jak podano w wykazie przystępującego, czy w Łanach Wielkich – zgodnie z tezą prezentowaną przez odwołującego. Złożone dokumenty, zarówno z inicjatywy odwołującego jak te, które złożył przystępujący każdorazowo wskazują na miejscowość Łany Wielkie.

Także przystępujący oraz zamawiający nie kwestionował położenia lokalu, wskazując jedynie, że położony jest on w bardzo bliskiej odległości od miasta Sośnicowice – jego rynku, przy którym jest urząd pocztowy (ok. 800 m). W tym zakresie podkreślenia jednak wymaga, że redakcja specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania – jak wskazano wcześniej - nie pozwala na tak elastyczne, rozszerzające traktowanie miejscowości, w których mają znajdować się wykazywane w wykazie wg załącznika nr 9 lokale. W specyfikacji (załącznik 3, 3a, 9) wymieniono jedynie Sośnicowice, a nie Łany Wielkie. Mówi się w niej wyraźnie o miejscowościach, w których funkcjonują urzędy pocztowe, według zamkniętej listy ustalonej przez zamawiającego. Jeśli wolą zamawiającego było takie elastyczne rozumienie pojęcia miejscowości, winien był temu dać czytelnie wyraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego nie uczynił, a dodatkowo – kategorycznie podkreślił to wymaganie w ramach udzielonych odpowiedzi z dnia 2 lutego 2012 r. oraz 15 lutego 2012 r., nie dopuszczając innych miejscowości aniżeli wymienione w załączniku nr 3. Na pytanie 4 zamawiający w dniu 15 lutego 2012 r. udzielił bowiem definitywnej odpowiedzi, akcentując przez pogrubienie i podkreślenie swoje intencje: „(...) **Zamawiający zgodnie z powyższymi zapisami umowy będzie brał pod uwagę punkty gastronomiczne (bowiem one stanowią ocenę oferenta w SIWZ) zlokalizowane w miejscowościach działania urzędów pocztowych wymienionych w załączniku nr 3 do SMZ.**”

Powyższe decydowało o uznaniu, że wykonawca Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w wykazie według załącznika nr 9 do specyfikacji, w pozycji 12 podał punkt gastronomiczny *Pizza u Rudika*, który nie jest zlokalizowany w miejscowości podanej przez zamawiającego (w istocie przez

25

zamawiającego „na sztywno” narzuconej), co jest równoznaczne z podaniem nieprawdziwej informacji. Wykonawca musiał bowiem znać dane dotyczące miejscowości – są one wyraźnie wskazane w łączącej go umowie i załącznikach do niej, zaś składając oświadczenie w wykazie musiał czynić to z należyтым rozeznaniem oraz świadomością, do jakiego celu informacje są podawane oraz, że należy w tym wypadku kierować się ścisłym traktowaniem wykazu narzuconych przez zamawiającego miejscowości. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dopełniona udzielonymi odpowiedziami na zadane pytania w powyższym zakresie jest czytelna i nie pozostawia najmniejszych wątpliwości

interpretacyjnych. Inne traktowanie na tym etapie katalogu miejscowości, pozwalające uznać także miejscowości, które wprawdzie nie zostały wymienione w załączniku nr 3 i 3a, ale są położone blisko tych miejscowości czy też z innych powodów zaliczenie ich do tej grupy, czyniłoby ocenę ofert w powyższej mierze arbitralną, krzywdzącą tych wykonawców, którzy zastosowali się do dosłownego, literalnego kształtu specyfikacji oraz wytycznych zawartych w odpowiedziach udzielonych na zadane pytania, a w konsekwencji do preferencyjnego traktowania wykonawców, którzy z mniejszą starannością podeszli do wyselekcjonowania punktów gastronomicznych w wykazie wg załącznika 9, czy nawet w sposób świadomy podali w nim lokale, które w wymienionych miejscowościach się nie mieszczą. Podobnie należało ocenić zarzuty dotyczące wskazanego w **pozycji 94** wykazu przystępującego punktu gastronomicznego, to jest Telepizza przy ul. Ozimskiej 19 w Opolu. W powyższym zakresie odwołujący zarzucał, że w tym lokalu nie można nabyć posiłku w cenie do 7 zł, zaś na potwierdzenie złożył oświadczenie pochodzące ze znajdującej się pod tym adresem lokalu tj. Pierogami Staropolskiej, z którego wynika, iż „*placówka znajdująca się pod wskazanym adresem nie współpracuje z firmą Sodexo Motivation Solurion w zakresie realizacji bonów Sodexo*”, „*pod powyższym adresem od 04/201 funkcjonuje inna placówka o nazwie: Pierogarnia Staropolska (...)*”, „*Placówka gastronomiczna Telepizza nie istnieje od 05.2010 roku.*”.

Przystępujący wyjaśnił powyższe tym, że aktualnie wskazany w wykazie lokal mieści się nadal w Opolu, ale pod innym adresem, tj. pod adresem Krakowska 48 także w Opolu. Jakkolwiek odwołujący nie stawiał zarzutu wskazującego, że lokal opisany w poz. 94 wykazu przystępującego nie istnieje, czy innych tego rodzaju zarzutów, ograniczając się do twierdzenia, że w lokalu opisanym w pkt 94 wykazu przystępującego nie można nabyć posiłku w cenie do 7 zł, dostrzeżenia wymaga, że ustalenie w zakresie przeniesienia lokalu wskazanego w wykazie, to jest oświadczenie wykonawcy, że ten punkt gastronomiczny znajduje się w innej lokalizacji, aniżeli wskazana w wykazie w poz. 94, nakazuje przyjąć, że oświadczenie zawarte w wykazie „*Wykaz punktów gastronomicznych gwarantujących zakup posiłku profilaktycznego w cenie bonu o nominale 7 zł w miejscowościach w których znajdują się placówki pocztowe*”, w poz. 94 o treści: „*nazwa miejscowości: Opole, Telepizza, ul.*

Ozimska 19” stanowi oświadczenie zawierające nieprawdziwe informacje. Z oświadczenia tego wynika, że w lokalu Telepizza przy ul. Ozimskiej 19 w Opolu można nabyć posiłek profilaktyczny w cenie do 7 zł, podczas gdy – skoro taki lokal nie istnieje pod wskazanym adresem – nabycie w nim posiłku za wskazaną cenę nie jest możliwe. W tym zakresie potwierdził się zatem zarzut stawiany w odwołaniu. Informacje podawane w wykazie muszą być bowiem rozpatrywane przez pryzmat ich treści zakomunikowanej zamawiającemu, nie mogą być przy tym skorygowane przez wskazanie na rozprawie, że lokal obecnie mieści się w innym miejscu, pod innym adresem. Analizie podlega bowiem informacja w takim zakresie, w jakim została podana zamawiającemu. Nie może być ona zastąpiona następczą korektą, dokonaną w sposób, jak uczynił to przystępujący.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że i ta korekta nasuwa daleko idące wątpliwości, skoro przystępujący podał, że lokal obecnie mieści się w Opolu przy ul. Krakowskiej 48, to nie sposób pominąć faktu, że z takim adresem przystępujący wskazał w drugim wykazie (*Wykaz punktów gastronomicznych na terenie działania CIOR Katowice tj. województwa śląskiego i opolskiego, w których możliwa jest realizacja bonów żywieniowych wg załącznika nr 10*), w poz. 327 inny lokal to jest Bar Non Stop w Opolu, przy ul. Krakowskiej 48. Nie przesądzając tej kwestii, bowiem może być tak że pod jednym adresem, to jest w Opolu przy ul. Krakowskiej 48 mieszczą się dwa lokale (wykazywana w wykazie wg załącznika nr 9 Telepizza jak i ujęty w wykazie wg załącznika nr 10 Bar Non Stop), stwierdzenia wymaga, że istotne jest jedynie, że informacje podane w wykazie wg załącznika nr 9 w poz. 94, zgodnie z którymi przystępujący gwarantuje nabycie posiłku w cenie do 7 zł w punkcie gastronomicznym Telepizza w Opolu przy ul. Ozimskiej 19 nie odzwierciedlają rzeczywistości. Wskazany lokal już nie istnieje, zatem pod podanym adresem nie można nabyć posiłku profilaktycznego w cenie do 7 zł. Powyższe decydowało o uznaniu zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie możliwości nabycia w lokalu wskazanym przez przystępującego w poz. 94 wykazu wg załącznika nr 9 tj. Telepizza w Opolu przy ul. Ozimskiej 19.

Powyższe miało wpływ na wynik postępowania – jak wskazano wyżej – wyeliminowanie już jednego punktu gastronomicznego z wykazu wg załącznika nr 9

złożonego w ofercie przystępującego decyduje o zmianie łącznej punktacji w taki sposób, że oferta odwołującego uzyskuje wyższą ilość punktów, staje się korzystniejszą. W sprawie stwierdzono złożenie nieprawdziwych informacji w odniesieniu do dwóch punktów gastronomicznych. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co decyduje o konieczności wykluczenia przystępującego z postępowania, a w konsekwencji – również odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając złożone przez każdą ze stron dowody, uwzględniono znaczenie i charakter zastosowanych środków dowodowych. Z powodów wcześniej przedstawionych, dowodom z oświadczeń, jakie złożył odwołujący należało przyznać ograniczoną zdolność do wykazania stawianych tez – to jest, że złożono nieprawdziwe informacje, z uwagi na to, że w odniesieniu do znacznej większości z tych oświadczeń trudno ocenić status osób składających oświadczenia, stopień znajomości kwestii będących przedmiotem oświadczeń, w tym łączących poszczególne punkty gastronomiczne umów z innymi podmiotami (tutaj: przystępującym). Przystępujący, w celu obalenia stawianych mu zarzutów złożył menu wybranych lokali, rachunki za potrawy jakie można w nich nabyć oraz umowy łączące go z kwestionowanymi w odwołaniu lokalami, a także - w odniesieniu do punktów wskazanych w pozycjach 20, 80 i 125 - oświadczenia osób w imieniu wskazanych w wykazie placówek. Oświadczenia te, rozpatrywane w kontekście treści złożonych umów dopełniają ich treść, a w szczególności potwierdzają, że wynikające z umów wzajemne porozumienia między ich stronami są aktualne, zatem w zakresie, w jakim odnoszą się do zarzutów wskazujących, że we wskazanych lokalizacjach nie są realizowane bony Sodexo, pozwalają na ocenę stanu faktycznego objętego sporem między stronami.

Uznano zatem, że same oświadczenia złożone przez odwołującego nie pozwalają przesądzić ponad wszelką wątpliwość, że podane w wykazie wg zał. nr 9 przystępującego informacje są nieprawdziwe. Ich kształt, sposób sformułowania i potwierdzenia tożsamości osób składających nie pozwala uznać za potwierdzające ponad wszelką wątpliwość, mające rozstrzygające znaczenie dla uznania złożonych przez przystępującego oświadczeń w wykazie (zał. wg wzoru nr 9) za nieprawdziwe. Informacje podane w wykazie przystępującego (wyjąwszy informacje podane w poz. 12 i 94) zostały potwierdzone przedłożonymi umowami łączącymi przystępującego z kwestionowanymi punktami gastronomicznymi, uwiarygodnione zostały ponadto złożonymi wybiórczo cennikami, menu oraz paragonami obrazującymi ceny w tych lokalach.

Nie uwzględniono przy tym wniosków dowodowych odwołującego z opakowania po frytkach oraz wydruku ze strony McDonald zawierającej tabelę kalorii frytek, na okoliczność wartości kalorycznej frytek oraz ich składu: odwołujący w odwołaniu nie podnosił zarzutów dotyczących niewłaściwych walorów posiłków serwowanych w punktach gastronomicznych wykazanych w wykazie wg załącznika nr 9 w ofercie przystępującego. Zarzuty w tej mierze odnosiły się jedynie do niemożności nabycia posiłku za cenę do 7 zł. Stąd wskazane wnioski dowodowe pozostawały bez związku z podniesionymi zarzutami.

Na podstawie całokształtu opisanego wyżej materiału dowodowego, ocenionego zgodnie ze wskazaniami wynikającymi z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedziami na pytania dotyczące jej brzmienia, uznano za zasadnie postawione zarzuty dotyczące złożenia nieprawdziwych informacji w poz. 12 i 94 wykazu wg załącznika

nr 9 w ofercie przystępującego. Złożenie tych informacji miało wpływ na wynik postępowania, bowiem decydowało o uznaniu oferty przystępującego za korzystniejszą. Potwierdzenie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych determinowało uwzględnienie odwołania, jako że miało ono wpływ na wynik postępowania. Orzeczono zatem o żądaniach postawionych w odwołaniu, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Skutkiem powyższego winno być także uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą, w myśl art. 24 ust. 4 Prawo zamówień publicznych.

Nie dopatrzone się podstaw do uwzględnienia innych żądań odwołania, w tym żądania nakazania zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej – żądanie to, jako pozostające bez bezpośredniego związku z zarzutami odwołania odnosi się raczej do naturalnej konsekwencji działań zamawiającego wynikających z celu prowadzonego postępowania i zamawiającemu zostało pozostawione.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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). Uwzględniono wniosek o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, wynikających ze złożonego rachunku do kwoty wynikającej z przepisu § 3 pkt 2) przywołanego wyżej rozporządzenia, to jest 3.600 zł.

Przewodniczący: