

WYROK
z dnia 21 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Barbara Bettman
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 10 października 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 04.10.2008r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2008/S 193 - 255548.

Przedmiotem zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego o nr 3372978/01 jest Dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "Halemba-Wirek"

Zamawiającym jest Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30 , 40 - 039 Katowice zwany dalej "Zamawiającym"

W dniu 10 października 2008 r. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WANDA-LECH Sp. z o.o., 41-710 Ruda Śląska ul. Niedurnego 13 zwany dalej "Odwołującym" złożył protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu zarzucając :

1. brak zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami wydanego na podstawie art. 232 k. p. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. 1996r. Nr

2

60, poz. 279), zwanego dalej rozporządzeniem, pomimo że Zamawiający jest zobowiązany do wydawania przedmiotowych posiłków zgodnie z przywołanymi przepisami,

2. sprzeczność określonych w ogłoszeniu przetargowym warunków z cytowanym rozporządzeniem polegającymi w szczególności na tym, że:

1) zamawiający nie zastrzegł, aby posiłek lub produkty, z których uprawniony pracownik samodzielnie przygotowuje posiłek, zawierały 50-55 % węglowodanów, 30 - 35 % tłuszczów, 15 % białek oraz posiadały wartość kaloryczną około 1000 kcal, tym samym zamawiający dopuścił możliwość dostarczenia posiłków lub produktów o innych niż prawidłowe wskaźniki kaloryczności i wartości odżywczych, co jest sprzeczne § 2 ust. 1 rozporządzenia i dodatkowo powoduje, że oferty będą dotyczyć różnych jakościowo produktów i nie będą przez to porównywalne,

2) zamawiający dopuścił jako formę dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne lub wydanie produktów do ich przygotowania w formie not księgowych, pomimo, że dostarczanie przez podmioty zewnętrzne posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania objęte jest regulacją zawartą w ustawie z dnia 11 marca 2004 roku o podatku dochodowym od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), co skutkuje obowiązkiem dokumentowania tych czynności fakturami VAT, ponadto noty księgowe nie muszą mieć szczegółowo wyspecyfikowanych pozycji, co jest sprzeczne z § 2 ust. 1 rozporządzenia, gdyż zamawiający pomimo ciążącego na nim obowiązku nie będzie kontrolował czy uprawniony pracownik otrzymał posiłek profilaktyczny lub produkty do jego przygotowania o prawidłowych wskaźnikach kaloryczności i wartościach odżywczych,

3) zamawiający nie zastrzegł, aby oferenci posiadali wynikające z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171 poz. 1225) zatwierdzenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności objętej przedmiotem przetargu, jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej,

4) zamawiający określił w pkt X.I b SIWZ jako możliwy obszar działania punktów gastronomicznych lub handlowych obszar miasta Ruda Śląska, co jest sprzeczne z § 2 ust. 2 rozporządzenia ponieważ tak określony obszar (ze względu na swoją rozległość) faktycznie uniemożliwia uprawnionym pracownikom spożycie posiłku lub otrzymanie odpowiednich

3

produktów do jego przygotowania w czasie godzin pracy, chociaż zamawiający powinien dopuścić tylko tych oferentów, którzy posiadają punkty zlokalizowane w bliskiej odległości od miejsca wykonywania przez pracownika pracy lub będą wydawali posiłki lub produkty niezbędne do ich przygotowania w lokalu udostępnionym przez zamawiającego na terenie zakładu pracy,

5) zamawiający, określając w pkt X.I b definicję placówki handlowej, bezpodstawnie wyłączył z jej zakresu znaczeniowego te placówki, w stosunku do których występuje ograniczona dostępność konsumentów, tym samym wyłączył możliwość działania placówek, które poprzez swoje umiejscowienie na terenie zakładu pracy zamawiającego mają ograniczoną dostępność klientów tylko do pracowników zamawiającego, co oznacza, że zamawiający wyłączył najbardziej prawidłową formę wydawania uprawnionym pracownikom produktów do przygotowania posiłków profilaktycznych w miejscu i czasie ich pracy,

6) zamawiający dopuścił w pkt X.I b SIWZ możliwość realizowania bonów

w ogólnodostępnych punktach gastronomicznych lub handlowych bez konieczności wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą, co jest sprzeczne z § 2 ust. 1 rozporządzenia ponieważ uprawnieni pracownicy będą mogli spożywać posiłki lub będą otrzymywali produkty, które nie będą spełniały prawidłowych wskaźników kaloryczności i wartości odżywczych, co więcej w przypadku wydania produktów nie muszą to być nawet produkty żywnościowe, tym samym zamawiający nie ma żadnego nadzoru nad sposobem realizacji ciążącego na nim obowiązku dostarczenia posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania, skoro wykonawca nie będzie musiał szczegółowo wyspecyfikować co dany pracownik otrzymał za dostarczony bon,

7) zamawiający postawił w pkt XII.4 SIWZ warunek, że bony na posiłki profilaktyczne muszą mieć co najmniej miesięczny okres ważności, przez co zamawiający dopuścił możliwość ich kumulacji, co jest niezgodne z § 6 ust. 1 rozporządzenia nakazującego, aby posiłki były wydawane uprawnionym pracownikom tylko i wyłącznie w dniach wykonywania przez nich prac uzasadniających ich wydanie,

8) zamawiający nie zastrzegł, aby bony na posiłki profilaktyczne były imienne przez co mogą one być wykorzystane przez inne osoby niż uprawnieni pracownicy, a nawet mogą być przedmiotem obrotu, co jest sprzeczne z ideą posiłków, które mają rekompensować wyłącznie uprawnionemu pracownikowi uciążliwość jego pracy ze względu na wysiłek fizyczny, temperaturę czy miejsce wykonywania pracy,

4

9) sprzeczność postanowień pkt. X.I b z pkt XII.2 SIWZ ponieważ zamawiający raz wymaga aby oferenci dysponowali siecią placówek na terenie województwa śląskiego, a raz na terenie miasta Ruda Śląska,

10) przyjęta przez zamawiającego formuła dostarczenia bonów na realizację posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania przy uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz okoliczności, że zamawiający utożsamia bony z bonusami, w rzeczywistości oznacza, że zamawiający zmierza do wydania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jest sprzeczne z § 8 rozporządzenia.

Określone w ogłoszeniu warunki realizacji bonów na posiłki profilaktyczne oznaczają, że w rzeczywistości będzie realizowane inne świadczenie niż posiłki profilaktyczne, co skutkować będzie koniecznością opodatkowania i oskładkowania takich świadczeń. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o skorygowanie warunków ogłoszonego przetargu przy uwzględnieniu zgłoszonych zarzutów.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Wanda-Lech" Sp. z o.o. jako firma działająca w branży gastronomicznej oraz sprzedaży hurtowej i detalicznej produktów spożywczych oraz aktualnie realizująca również dla zamawiającego posiłki profilaktyczne jest zainteresowana przystąpieniem do przetargu i złożeniem oferty w zaskarżonym postępowaniu, przez co posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 cyt. wyżej ustawy, do złożenia niniejszego protestu.

W dn. 23.10.2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w sposób następujący:

1. uznaje w zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku sprawowania nadzoru nad sposobem realizacji bonów żywieniowych

2 oddala w pozostałym zakresie

i równocześnie stwierdza, iż brak jest przesłanek unieważnienia przedmiotowego postępowania, a postępowanie nie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający uzasadnił w następujący sposób swoją decyzję :

5

1. Zamawiający w istocie nie zamieścił w SIWZ zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami wydanego na podstawie art. 232 Kodeksu pracy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, jednakże wynika to z faktu, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie posiłków profilaktycznych. Wobec powyższego zarzut jest bezzasadny.

2. Sprzeczność określonych w ogłoszeniu warunków z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. Nr 60, poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów:

1) Zarzut dotyczący braku zastrzeżenia w SIWZ, aby posiłek lub produkty, z których uprawniony pracownik samodzielnie przygotowuje posiłek zawierały 50-55 % węglowodanów, 30-35 % tłuszczów, 15 % białek oraz posiadały wartość kaloryczną około 1000 kcal, jest bezzasadny. Brak takiego zapisu wynika z tego, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie przygotowywanie i wydawanie gorącego posiłku, bądź zestawów śniadaniowych.

2) Zarzut dotyczący form dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych Zamawiający uznaje za bezpodstawny. Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Halemba-Wirek. Jak wynika z powyższego postępowaniem przetargowym objęta jest dostawa bonów na posiłki profilaktyczne, a nie dostawa towarów w formie posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania. Bon z zasady pełni funkcję płatniczą i umożliwia nabycie towarów do określonej kwoty. Należy go zatem postrzegać jako kwit służący do nabycia danych produktów. Zatem bonu nie można zaliczyć do towarów w rozumieniu ustawy o VAT. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 6 ustawy o VAT przez towary rozumie się rzeczy ruchome, jak również wszelkie postacie energii, budynki i budowle lub ich części, będące przedmiotem czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, które są wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, a także grunty. Mając powyższe na uwadze, należy zatem stwierdzić, iż dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy, podatnicy, o których mowa w art. 15, są obowiązani wystawić fakturę stwierdzającą w szczególności dokonanie sprzedaży,

6

datę dokonania sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy. Przepis ten nakłada na podatników obowiązek wystawienia faktury VAT w przypadku dokonania czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Dostawa bonów żywieniowych nie powoduje powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług, w związku z czym czynność ta nie skutkuje obowiązkiem wystawienia faktury VAT. Oznacza to, że nota księgowa jest właściwym dowodem dla udokumentowania w/w czynności. Zatem zarzut w kwestii dotyczącej dokumentowania dostawy bonów żywieniowych w formie not księgowych należy uznać za bezzasadny.

3) Przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni być emitentami znaków legitymacyjnych, które następnie realizowane będą przez beneficjentów (pracowników) w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych. Wobec powyższego zarzut dotyczący obowiązku posiadania przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, wynikającego z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. nr 171 poz. 1225) jest bezzasadny, z uwagi na to, iż nie dotyczy przedmiotu zamówienia.

4) Zarzut dotyczący sprzeczności określenia przez Zamawiającego SIWZ pkt X ppkt I

b) obszaru działania punktów gastronomicznych i handlowych z § 2 ust 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów jest bezzasadny. Zamawiający w Warunkach wymaganych od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w pkt XI b) SIWZ postawił warunek dysponowania siecią punktów ((placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Miasta Ruda Śląska. Zgodnie z treścią Rozporządzenia pracodawca zapewnia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie posiłki wydawane ze względów profilaktycznych, w formie jednego dania gorącego. W § 2. ust. 2 cytowanego rozporządzenia ustawodawca przewiduje dwie możliwości realizacji zobowiązania, w przypadku gdy pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, tj.: a) korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych, b) przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów. Rozporządzenie nie określa w jakiej

7

odległości od miejsca wykonywania pracy przez pracownika powinny być zlokalizowane punkty handlowe, z których pracownik przyrządzi posiłek we własnym zakresie. Ponadto należy podkreślić, iż specyfika pracy w górnictwie, pracowników zatrudnionych w warunkach szczególnie uciążliwych, którym przysługuje prawo do posiłku profilaktycznego, często uniemożliwia, również ze względów organizacyjnych, sposobność spożycia gorącego posiłku w czasie pracy.

5) Zamawiający stwierdza, iż nie ma potrzeby wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą w celu realizacji bonów w placówkach handlowych i gastronomicznych wobec powyższego zarzut Protestującego, dotyczący konieczności wprowadzenia do SIWZ zapisu dotyczącego wydzielenia odrębnych stanowisk, Zamawiający uznaje za bezzasadny.

6) Zamawiający uznaje zarzut Protestującego w zakresie obowiązku sprawowania nadzoru nad sposobem realizacji bonów żywieniowych i dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenie w SIWZ w Załączniku nr 1 Szczegółowy zakres zamówienia, a także w Załączniku nr 4 Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zapisu dotyczącego zastrzeżenia przeprowadzania przez Zamawiającego okresowych kontroli sposobu realizacji bonów żywieniowych.

7) Zarzut dotyczący wyłączenia możliwości działania placówek umiejscowionych na terenie zakładu pracy -Zamawiający uznaje za bezzasadny.
Zamawiający wyjaśnia, iż przez placówkę handlową dostępną dla ogółu konsumentów rozumie placówkę dostępną dla ogółu pracowników Zamawiającego, uprawnionych do otrzymania posiłków profilaktycznych.

8) Zamawiający oddala zarzut dotyczący "co najmniej miesięcznego" terminu ważności bonów żywieniowych. Zasady wydawania i rozliczania posiłków profilaktycznych są zgodne z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów.
Podkreślić należy fakt, iż aktualnie obowiązujące "kartki" realizowane przez pracowników Zamawiającego wydawane są pracownikom przed miesiącem ich realizacji i mają termin ważności do końca miesiąca następującego po miesiącu ich wydania i to pracownik decyduje kiedy je zrealizuje w celu przyrządzenia posiłku.

9) Zarzut dotyczący braku zastrzeżenia, iż bony na posiłki profilaktyczne winny być imienne Zamawiający oddala jako bezzasadny.

8

Zaznaczyć należy, iż pracownik uprawniony do otrzymania bonów, zobowiązany będzie do potwierdzenia odbioru bonów (kuponów) na imiennym wykazie w momencie odbioru bonów.

10) Zamawiający nie widzi sprzeczności w zapisach pkt X. I b) i pkt XII. 2 SIWZ. Wykonawca zobowiązany będzie do spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt XI b), tj.

musi dysponować siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Miasta Ruda Śląska "" i w celu potwierdzenia tego warunku zobowiązany będzie do przedstawienia szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje na terenie województwa śląskiego, ale przede wszystkim zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ na terenie Miasta Ruda Śląska.

Podkreślić należy, iż zgodnie z pkt XXI Kryteria oceny ofert pkt 2. ocenie podlegać będzie ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem na terenie miasta Ruda Śląska, które to ilości Wykonawca zobowiązany będzie podać w Formularzy Ofertowym.

11) Zarzut Protestującego dotyczący utożsamiania przez Zamawiającego bonu z bonusem i w efekcie zmierzaniem do wydawania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jak podnosi Protestujący jest sprzeczne z § 8 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) Zamawiający uznaje jako bezzasadny. Zamawiający konstruując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia uznał, że z uwagi na to, iż wyrazy bon, kupon, talon są synonimami, istotne przy zdefiniowaniu przedmiotu zamówienia jest rozszerzenie "żywieniowy" oraz to, by znak legitymacyjny tu nazywany bonem (kuponem, talonem czy bonusem) żywieniowym umożliwił pracownikowi nabycie gorących posiłków profilaktycznych lub produktów do jego samodzielnego przygotowania. Zamawiający, zgodnie z art. 30 ust. 7 UPzp do opisu przedmiotu zamówienia zastosował nazwę i kod określony we Wspólnym Słowniku Zamówień CPY-tutaj kod 22867000-5 Talony na posiłki -wskazując tym samym w sposób absolutnie jednoznaczny co jest przedmiotem zamówienia.

Zaznaczyć należy, iż talon, bon żywieniowy (znak legitymacyjny) to rodzaj dokumentu upoważniający do odbioru artykułów spożywczych lub gorącego posiłku, nie mieści się w definicji towaru w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy o VAT a przede wszystkim nie jest odpowiednikiem pieniądza

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie, Zamawiający dokona niezbędnych modyfikacji SIWZ po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu zgodnie z dyspozycją art. 183 ustęp 5 pkt 2.

9

W dniu 30.10.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Jednocześnie wniósł o unieważnienie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie zapisów SIWZ zawierających uchybienia wskazane w proteście Odwołującego z dnia 10.10.2008 r., powodując naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie zapisów SIWZ zawierających uchybienia wskazane w proteście Odwołującego z dnia 10.10.2008 r. powodując określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

-art. 30 ust. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez użycie do opisu przedmiotu zamówienia niewłaściwej nazwy i kodu określonego we Wspólnym Słowniku Zamówień,

-art. 232 Kodeksu pracy poprzez niezapewnienie pracownikom Zamawiającego zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie odpowiednich posiłków i napojów profilaktycznych,

-§1,2,6 i 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279) poprzez brak zastrzeżenia w SIWZ, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z w/w postanowieniami wspomnianego rozporządzenia,

-art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr

171, poz. 1225) poprzez brak zastrzeżenia w SIWZ o obowiązku posiadania przez wykonawców zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej,

10

-art. 2 pkt 6, art. 106 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późno zm.) poprzez dokumentowanie dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych, a nie w formie faktur VAT.

Odwołanie zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne jak w proteście.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem wniesionego odwołania jest zaskarżenie treści SIWZ na zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "Halemba-Wirek".

Odwołujący wskazał na naruszenie w treści SIWZ następujących przepisów prawa :

1. art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie zapisów SIWZ zawierających uchybienia wskazane w proteście Odwołującego z dnia 10.10.2008 r., powodując naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie zapisów SIWZ zawierających uchybienia wskazane w proteście Odwołującego z dnia 10.10.2008 r. powodując określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. art. 30 ust. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez użycie do opisu przedmiotu zamówienia niewłaściwej nazwy i kodu określonego we Wspólnym Słowniku Zamówień,

11

4. art. 232 Kodeksu pracy poprzez niezapewnienie pracownikom Zamawiającego zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie odpowiednich posiłków i napojów profilaktycznych,
5. § 1,2,6 i 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279) poprzez brak zastrzeżenia w SIWZ, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z w/w postanowieniami wspomnianego rozporządzenia,
6. art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171, poz. 1225) poprzez brak zastrzeżenia w SIWZ o obowiązku posiadania przez wykonawców zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej,
7. art. 2 pkt 6, art. 106 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r.

o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późno zm.) poprzez dokumentowanie dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych, a nie w formie faktur VAT.

W złożonym proteście i w odwołaniu przedstawił następujące zarzuty:

1. brak zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami wydanego na podstawie art. 232 k. p. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. 1996r. Nr 60, poz. 279), zwanego dalej rozporządzeniem, pomimo że Zamawiający jest zobowiązany do wydawania przedmiotowych posiłków zgodnie z przywołanymi przepisami. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zamawiający w istocie nie zamieścił w SIWZ zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami wydanego na podstawie art. 232 Kodeksu pracy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, jednakże wynika to z faktu, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie posiłków profilaktycznych. Wobec powyższego zarzut jest bezzasadny. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów z zapewnieniem ich realizacji, a nie dostawa bezpośrednio Zamawiającemu posiłków profilaktycznych. O przedmiocie

12

zamówienia świadczą również zapisy SIWZ o warunkach udziału w postępowaniu. W Cz. X SIWZ „Warunki wymagane od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne” Zamawiający postanowił, że o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat wykonali dostawy bonów żywieniowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł. W kolejnym punkcie postawił Zamawiający wymóg dodatkowy: dysponowanie siecią punktów handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki. Z zapisu tego warunku wynika, że przedmiotem sprawdzenia może być fakt akceptacji bonów, a nie sprawdzanie czy placówka ta spełnia wszelkie wymogi do prowadzenia przez nią działalności w tym czy spełnia wymogi sanitarne. Kolejne warunki, które może sprawdzać Zamawiający, z uwagi na treść SIWZ, to np.: 15 miejsc siedzących, stacjonarność obiektu, czy dostępność dla ogółu konsumentów. Ponadto zamówienie określa, że chodzi o posiłki profilaktyczne co powoduje, że wskazane przepisy przez Odwołującego obowiązują z mocy prawa, jako przepisy bezwzględnie obowiązujące. Ponadto Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zobowiązał się do weryfikacji treści SIWZ w zakresie sprawowania nadzoru nad realizacją zamówienia przez placówki wytypowane przez wykonawcę dostawy bonów. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, poprzez brak wskazania w SIWZ wymienionych powyżej przepisów prawa, czego wymaga art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

2. zamawiający nie zastrzegł, aby posiłek lub produkty, z których uprawniony pracownik samodzielnie przygotowuje posiłek, zawierały 50-55 % węglowodanów, 30 - 35 % tłuszczów, 15 % białek oraz posiadały wartość kaloryczną około 1000 kcal, tym samym zamawiający dopuścił możliwość dostarczenia posiłków lub produktów o innych niż prawidłowe wskaźniki kaloryczności i wartości odżywczych, co jest sprzeczne z § 2 ust. 1 rozporządzenia i dodatkowo powoduje, że oferty będą dotyczyć różnych jakościowo produktów i nie będą przez to porównywalne. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zarzut jest bezzasadny. Brak takiego zapisu wynika z tego, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie przygotowywanie i wydawanie gorącego posiłku, bądź zestawów śniadaniowych. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów z zapewnieniem ich realizacji, a nie dostawa bezpośrednio Zamawiającemu posiłków profilaktycznych. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia,

13

poprzez brak wskazania w SIWZ wymienionych powyżej przepisów prawa, czego wymaga art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

3. zamawiający dopuścił jako formę dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne lub wydanie produktów do ich przygotowania w formie not księgowych, pomimo, że dostarczanie przez podmioty zewnętrzne posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania objęte jest regulacją zawartą w ustawie z dnia 11 marca 2004 roku o podatku dochodowym od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), co skutkuje obowiązkiem dokumentowania tych czynności fakturami VAT, ponadto noty księgowe nie muszą mieć szczegółowo wyspecyfikowanych pozycji, co jest sprzeczne z § 2 ust. 1 rozporządzenia, gdyż zamawiający pomimo ciążącego na nim obowiązku nie będzie kontrolował czy uprawniony pracownik otrzymał posiłek profilaktyczny lub produkty do jego przygotowania o prawidłowych wskaźnikach kaloryczności i wartościach odżywczych. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zarzut dotyczący form dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych Zamawiający uznaje za bezpodstawny. Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Halemba-Wirek. Jak wynika z powyższego postępowaniem przetargowym objęta jest dostawa bonów na posiłki profilaktyczne, a nie dostawa towarów w formie posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania. Bon z zasady pełni funkcję płatniczą i umożliwia nabycie towarów do określonej kwoty. Należy go zatem postrzegać jako kwit służący do nabycia danych produktów. Zatem bonu nie można zaliczyć do towarów w rozumieniu ustawy o VAT. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 6 ustawy o VAT przez towary rozumie się rzeczy ruchome, jak również wszelkie postacie energii, budynki i budowle lub ich części, będące przedmiotem czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, które są wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, a także grunty. Mając powyższe na uwadze, należy zatem stwierdzić, iż dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy, podatnicy, o których mowa w art. 15, są obowiązani wystawić fakturę stwierdzającą w szczególności dokonanie sprzedaży, datę dokonania sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy. Przepis ten nakłada na podatników obowiązek wystawienia faktury VAT w przypadku dokonania czynności

14

podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Dostawa bonów żywieniowych nie powoduje powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług, w związku z czym czynność ta nie skutkuje obowiązkiem wystawienia faktury VAT. Oznacza to, że nota księgowa jest właściwym dowodem dla udokumentowania w/w czynności. Zatem zarzut w kwestii dotyczącej dokumentowania dostawy bonów żywieniowych w formie not księgowych należy uznać za bezzasadny. Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów z zapewnieniem ich realizacji, a nie dostawa bezpośrednio Zamawiającemu posiłków profilaktycznych. Poza tym bon jest swego rodzaju środkiem płatniczym, a nie towarem. Towarem jest posiłek profilaktyczny realizowany przez wytypowaną placówkę handlową lub gastronomiczną, która wydając pracownikowi paragon fiskalny specyfikuje towar wraz z podaniem ceny netto, podatku vat oraz ceny brutto. Śądanie wystawiania faktur VAT Zamawiającemu powodowałoby powtórne naliczanie podatku VAT za już zrealizowany bon towarowy, od którego naliczono podatek VAT. Z powyższych względów zarzut w ocenie Izby jest niezasadny.

4. zamawiający nie zastrzegł, aby oferenci posiadali wynikające z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171 poz. 1225) zatwierdzenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do

wykonywania działalności objętej przedmiotem przetargu, jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni być emitentami znaków legitymacyjnych, które następnie realizowane będą przez beneficjentów (pracowników) w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych. Wobec powyższego zarzut dotyczący, obowiązku posiadania przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, wynikającego z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. nr 171 poz. 1225) jest bezzasadny, z uwagi na to, iż nie dotyczy przedmiotu zamówienia. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów z zapewnieniem ich realizacji, a nie dostawa bezpośrednio Zamawiającemu posiłków profilaktycznych. Z powyższych względów zarzut w ocenie Izby jest niezasadny.

15

5. zamawiający określił w pkt X.I b SIWZ jako możliwy obszar działania punktów gastronomicznych lub handlowych obszar miasta Ruda Śląska, co jest sprzeczne z § 2 ust. 2 rozporządzenia ponieważ tak określony obszar (ze względu na swoją rozległość) faktycznie uniemożliwia uprawnionym pracownikom spożycie posiłku lub otrzymanie odpowiednich produktów do jego przygotowania w czasie godzin pracy, chociaż zamawiający powinien dopuścić tylko tych oferentów, którzy posiadają punkty zlokalizowane w bliskiej odległości od miejsca wykonywania przez pracownika pracy lub będą wydawali posiłki lub produkty niezbędne do ich przygotowania w lokalu udostępnionym przez zamawiającego na terenie zakładu pracy. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zarzut dotyczący sprzeczności określenia przez Zamawiającego SIWZ pkt X ppkt 1 b) obszaru działania punktów gastronomicznych i handlowych z § 2 ust 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów jest bezzasadny. Zamawiający w Warunkach wymaganych od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w pkt X.I b) SIWZ postawił warunek dysponowania siecią punktów ((placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Miasta Ruda Śląska. Zgodnie z treścią Rozporządzenia pracodawca zapewnia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie posiłki wydawane ze względów profilaktycznych, w formie jednego dania gorącego. W § 2. ust. 2 cytowanego rozporządzenia ustawodawca przewiduje dwie możliwości realizacji zobowiązania, w przypadku gdy pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, tj.: a) korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych, b) przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów. Rozporządzenie nie określa w jakiej odległości od miejsca wykonywania pracy przez pracownika powinny być zlokalizowane punkty handlowe, z których pracownik przyrządzi posiłek we własnym zakresie. Ponadto należy podkreślić, iż specyfika pracy w górnictwie, pracowników zatrudnionych w warunkach szczególnie
- którym przysługuje do często uciążliwych, prawo posiłku profilaktycznego, uniemożliwia, również ze względów organizacyjnych, sposobność spożycia gorącego posiłku w czasie pracy. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, który w sposób wyczerpujący i zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, odrzucił niniejszy zarzut. Z powyższych względów zarzut w ocenie Izby jest niezasadny.

16

6. zamawiający, określając w pkt X.I b definicję placówki handlowej, bezpodstawnie wyłączył z jej zakresu znaczeniowego te placówki, w stosunku do których występuje ograniczona dostępność konsumentów, tym samym wyłączył możliwość działania placówek, które poprzez swoje umiejscowienie na terenie zakładu pracy zamawiającego mają ograniczoną dostępność klientów tylko do pracowników zamawiającego, co oznacza, że zamawiający wyłączył najbardziej prawidłową formę wydawania uprawnionym pracownikom produktów do przygotowania posiłków profilaktycznych w miejscu i czasie ich pracy. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób Zarzut dotyczący wyłączenia możliwości działania placówek umiejscowionych na terenie zakładu pracy -Zamawiający uznaje za bezzasadny. Zamawiający wyjaśnia, iż przez placówkę handlową dostępną dla ogółu konsumentów rozumie placówkę dostępną dla ogółu pracowników Zamawiającego, uprawnionych do otrzymania posiłków profilaktycznych. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, ponieważ nie można inaczej interpretować zapisu jak placówka ogólnie dostępna, to taka placówka, która obsługuje pracowników zamawiającego. Skoro Odwołujący świadczy usługi na terenie zakładów Zamawiającego to jego placówka jest dostępna dla pracowników Zamawiającego w szczególności, a taki jest cel zamówienia, aby zapewnić posiłki profilaktyczne dla pracowników, a nie osób innych niż pracownicy. Z powyższych względów zarzut w ocenie Izby jest niezasadny.
7. zamawiający dopuścił w pkt X.I b SIWZ możliwość realizowania bonów w ogólnodostępnych punktach gastronomicznych lub handlowych bez konieczności wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą, co jest sprzeczne z § 2 ust. 1 rozporządzenia ponieważ uprawnieni pracownicy będą mogli spożywać posiłki lub będą otrzymywali produkty, które nie będą spełniały prawidłowych wskaźników kaloryczności i wartości odżywczych, co więcej w przypadku wydania produktów nie muszą to być nawet produkty żywnościowe, tym samym zamawiający nie ma żadnego nadzoru nad sposobem realizacji ciężącego na nim obowiązku dostarczenia posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania, skoro wykonawca nie będzie musiał szczegółowo wyspecyfikować co dany pracownik otrzymał za dostarczony bon. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zamawiający stwierdza, iż nie ma potrzeby wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą w celu realizacji bonów w placówkach handlowych i gastronomicznych wobec powyższego zarzut Protestującego, dotyczący konieczności wprowadzenia do SIWZ zapisu dotyczącego wydzielenia odrębnych stanowisk, Zamawiający uznaje za bezzasadny. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, ponieważ przedmiotem

17

zamówienia jest dostawa bonów z zapewnieniem ich realizacji, a nie dostawa bezpośrednio Zamawiającemu posiłków profilaktycznych. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, poprzez możliwość realizowania bonów w ogólnodostępnych punktach gastronomicznych lub handlowych bez konieczności wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą, czego wymaga art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

8. zamawiający postawił w pkt XII.4 SIWZ warunek, że bony na posiłki profilaktyczne muszą mieć co najmniej miesięczny okres ważności, przez co zamawiający dopuścił możliwość ich kumulacji, co jest niezgodne z § 6 ust. 1 rozporządzenia nakazującego, aby posiłki były wydawane uprawnionym pracownikom tylko i wyłącznie w dniach wykonywania przez nich prac uzasadniających ich wydanie. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zamawiający oddala zarzut dotyczący "co najmniej miesięcznego" terminu ważności bonów żywieniowych. Zasady wydawania i rozliczania posiłków profilaktycznych są zgodne z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Podkreślić należy fakt, iż aktualnie obowiązujące "kartki" realizowane przez pracowników Zamawiającego wydawane są pracownikom przed miesiącem ich realizacji i mają termin ważności do końca miesiąca następującego po miesiącu ich wydania i to pracownik decyduje kiedy je

zrealizuje w celu przyrządzenia posiłku. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, poprzez warunek, że bony na posiłki profilaktyczne muszą mieć co najmniej miesięczny okres ważności, czego wymaga art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

9. zamawiający nie zastrzegł, aby bony na posiłki profilaktyczne były imienne przez co mogą one być wykorzystane przez inne osoby niż uprawnieni pracownicy, a nawet mogą być przedmiotem obrotu, co jest sprzeczne z ideą posiłków, które mają rekompensować wyłącznie uprawnionemu pracownikowi uciążliwość jego pracy ze względu na wysiłek fizyczny, temperaturę czy miejsce wykonywania pracy. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zarzut dotyczący braku zastrzeżenia, iż bony na posiłki profilaktyczne winny być imienne Zamawiający oddala jako bezzasadny. Zaznaczyć należy, iż pracownik uprawniony do otrzymania bonów, zobowiązany będzie do potwierdzenia odbioru bonów (kuponów) na imiennym wykazie w momencie odbioru bonów. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego,

18

w uzyskaniu zamówienia, poprzez warunek, że bony na posiłki profilaktyczne nie są imienne, czego wymaga art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

10. sprzeczność postanowień pkt. X.1 b z pkt XII.2 SIWZ ponieważ zamawiający raz wymaga aby oferenci dysponowali siecią placówek na terenie województwa śląskiego, a raz na terenie miasta Ruda Śląska. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób. Zamawiający nie widzi sprzeczności w zapisach pkt X.1 b) i pkt XII. 2 SIWZ. Wykonawca zobowiązany będzie do spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt X.1 b) tj. musi dysponować siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Miasta Ruda Śląska "" i w celu potwierdzenia tego warunku zobowiązany będzie do przedstawienia szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje na terenie województwa śląskiego, ale przede wszystkim zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ na terenie Miasta Ruda Śląska. Podkreślić należy, iż zgodnie z pkt XXI Kryteria oceny ofert ppkt 2. ocenie podlegać będzie ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem na terenie miasta Ruda Śląska, które to ilości Wykonawca zobowiązany będzie podać w Formularzu Ofertowym. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, pomimo zaistnienia wskazanej przez Odwołującego rozbieżności, która stanowi omyłkę w nazewnictwie terenu, na którym mają być zlokalizowane placówki. Sformułowanie „województwo śląskie” należy interpretować w kontekście pozostałych zapisów SIWZ jako „miasto Ruda Śląska”. Z uwagi na powyższe zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
11. przyjęta przez zamawiającego formuła dostarczenia bonów na realizację posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania przy uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz okoliczności, że zamawiający utożsamia bony z bonusami, w rzeczywistości oznacza, że zamawiający zmierza do wydania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jest sprzeczne z § 8 rozporządzenia. Na powyższy zarzut Zamawiający ustosunkował się w następujący sposób Zarzut Protestującego dotyczący utożsamiania przez Zamawiającego bonu z bonusem i w efekcie zmierzaniem do wydawania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jak podnosi Protestujący jest sprzeczne z § 8 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku (Dz. U. nr 60 poz. 279) Zamawiający uznaje jako bezzasadny. Zamawiający konstruując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia uznał, że z uwagi na to, iż wyrazy bon, kupon, talon są synonimami, istotne przy zdefiniowaniu przedmiotu zamówienia jest rozszerzenie "żywieniowy" oraz to, by znak legitymacyjny tu nazywany bonem (kuponem, talonem

19

czy bonusem) żywieniowym umożliwił pracownikowi nabycie gorących posiłków profilaktycznych lub produktów do jego samodzielnego przygotowania. Zamawiający, zgodnie z art. 30 ust. 7 UPzp do opisu przedmiotu zamówienia zastosował nazwę i kod określony we Wspólnym Słowniku Zamówień CPV-tutaj kod 22867000-5 Talony na posiłki -wskazując tym samym w sposób absolutnie jednoznaczny co jest przedmiotem zamówienia. Zaznaczyć należy, iż talon, bon żywieniowy (znak legitymacyjny) to rodzaj dokumentu upoważniający do odbioru artykułów spożywczych lub gorącego posiłku, nie mieści się w definicji towaru w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy o VAT a przede wszystkim nie jest odpowiednikiem pieniądza. Skład orzekający Izby podzieliła stanowisko Zamawiającego. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, poprzez nieuzasadnione przekonanie Odwołującego, że bony nie są na posiłki profilaktyczne, tylko są ekwiwalentem pieniężnym czego wymaga art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Izba nie przyjęła w poczet dowodów złożonych przez strony dokumentów na rozprawie :

1. zakładowy układ zbiorowy pracy z dn.26.11.1994r.
2. pismo zamawiającego z dnia 12.06.2008r. K 15/PS/609/08,

z uwagi na to, że nie stanowią one podstawy do rozstrzygnięcia sprawy.

Reasumując powyższe, zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Z powyższych względów Izba również nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy Pzp.

20

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

21