

WYROK
z dnia 17 września 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 września 2010** roku w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 września 2010 roku do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Konsorcjum: SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A Dziekońska, A Dziekoński Sp.j., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy (KIO/1907/10)**
B. Sodexo Pass Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa (KIO/1908/10)

od czynności Zamawiającego **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

- przy udziale **Wasza żywniowa Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 133 lok.113, 02-304**

Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/1907/10 oraz KIO/1908/10 po stronie Zamawiającego

-przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Subiekt Sp. z o.o., AWINWEST A Dziekońska, A Dziekoński Spółka Jawna, ul. Partyzantów 4, 24-100 Puławy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/1908/10 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **A. oddala odwołanie SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A Dziekońska, A Dziekoński Sp.j., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy.**
B. oddala odwołanie Sodexo Pass Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa
2. Kosztami postępowania obciąża :
A Konsorcjum: SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A Dziekońska, A Dziekoński Sp.j., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy
B. Sodexo Pass Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa i

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
A koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum: SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A Dziekońska, A Dziekoński Sp.j., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy
B koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Sodexo Pass Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa
C dokonać wpłaty przez
Konsorcjum: SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A Dziekońska, A Dziekoński Sp.j., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy
kwoty 3 600 zł 00 gr. (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** stanowiące uzasadnione koszty strony

poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Członkowie

.....

.....

KIO 1907/10 KIO 1908/10

UZASADNIENIE

Kompania Węglowa S.A. 40- 039 Katowice ul. Powstańców 30 zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Brzeszcze- Silesia" Ruch Brzeszcze w okresie 12 miesięcy. Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców :

- 1) Wasza śywieniowa Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 133 lok.113 02-304 Warszawa.
- 2) Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. ul. Kłobucka 25 02 - 699 Warszawa
- 3) Firma „Subiekt” Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy

W dniu 24 sierpnia zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wybrana została oferta wykonawcy Wasza śywieniowa Sp. z o.o zwana dalej „ wykonawcą”. drugie miejsce na liście rankingowej przyznano firmie „Subiekt” Sp. z o.o a trzecie firmie Sodexo Pass Polska Sp. z o.o.

Oceny ofert dokonano w oparciu o kryterium: ceny - stanowiącej max. 30 pkt. oraz kryterium ilości punktów gastronomiczno – handlowych wskazanych przez poszczególnych wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia, za ten element wykonawca mógł otrzymać maksymalnie 70 pkt.

Wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali jednakową cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, za co wszyscy otrzymali maksymalną liczbę punktów – po 30. Jednym z warunków udziału w niniejszym postępowaniu było dysponowanie przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – co zgodnie z wymogami siwz oznacza że dysponują lub będą dysponować siecią placówek handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, Warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się dysponowaniem na terenie:

- miasta Brzeszcze – co najmniej 5 placówkami handlowymi oraz co najmniej 1 placówka gastronomiczną

- gminy Brzeszcze – co najmniej 5 placówkami handlowymi. Tak więc wystarczyło wykazanie się dysponowanie co najmniej 11 w/w placówkami aby spełnić ten warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem X SIWZ w pkt 2 „Warunki wymagane od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne” Zamawiający ściśle określił definicje placówki gastronomicznej oraz handlowej:

„Przez placówką **gastronomiczną** Zamawiający rozumie placówką, której przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż gorących posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym, co najmniej 15 miejsc siedzących.

Przez placówkę **handlową** Zamawiający rozumie placówką, której główną działalnością jest sprzedaż detaliczna artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wnętrze jest dostępne dla **ogółu** konsumentów.

Do placówek gastronomicznych oraz handlowych nie zalicza się ruchomych punktów sprzedaży detalicznej i automatów”.

Dla wykazania dysponowania placówkami handlowymi i gastronomicznymi wykonawca zobowiązany był udowodnić zamawiającemu iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wykazanie dysponowania tymi zasobami winno być nastąpić nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert tj. na dzień 22 czerwca 2010 roku.

Niżej wymienieni wykonawcy wykazali zamawiającemu, że dysponują do realizacji zamówienia lokalami gastronomicznymi i handlowymi w ilości :

- Wasza śywieniowa Sp. z o.o – 78
- Firma „Subiekt” Sp. z o.o. - 57
- Sodexo Pass Polska Sp. z o.o - 47

Zamawiający w zakresie sprawdzenia wskazanych placówek, dokonał jak oświadczył na rozprawie, szeregu wizji lokalnych dokonanych w celu sprawdzenia czy wykazane przez wykonawców lokale handlowe i gastronomiczne spełniają postawione im wymogi. W wyniku tych ustaleń zamawiający wskazał iż z wykazanych przez wykonawców jednostek uznaje dla:

- Wasza śywieniowa Sp. z o.o – 52
- Firma „Subiekt” Sp. z o.o. - 49

-
- Sodexo Pass Polska Sp. z o.o - 47

W wyniku tych ustaleń najkorzystniejszą ofertę wg. zamawiającego przedstawiła Wasza śywieniowa Sp. z o.o , na drugim miejscu sklasyfikowano - Firma „Subiekt” Sp. z o.o, a na trzecim Sodexo Pass Polska Sp. z o.o.

W dniu 3 września 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożyła Firma „Subiekt” Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy. Do tego postępowania oznaczonego sygn. **KIO/1907/10** przystąpiła po stronie zamawiającego Wasza śywieniowa Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 133 lok.113 02-304 Warszawa.

Również w dniu 3 września 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożyła firma Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. ul. Kłobucka 25 02 - 699 Warszawa. Do tego postępowania oznaczonego sygn. **KIO/1908/10** przystąpiła po stronie zamawiającego Wasza śywieniowa Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 133 lok.113 02-304 Warszawa oraz konsorcjum firm „Subiekt” sp. z o.o -.Lider Konsorcjum, 24-100 Puławy, ul. Lubelska 1 i AW Inwest Spółka Jawna A. Dziekońska, A. Dziekoński, 24-100 Puławy, ul. Partyzantów 4.

KIO/ 1907/10

Konsorcjum „Subiekt” Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy zwana dalej „odwołującym” składając odwołanie do Prezesa KIO na czynność zamawiającego polegającą na nie wykluczeniu z postępowania firmy Wasza śywieniowa Polska Sp. z o.o., 02-304 Warszawa, ul. Aleje Jerozolimskie 133 lok. 113 i wyboru oferty tej firmy jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wybierając jako najkorzystniejszą ofertę firmy Wasza śywieniowa Polska Sp. z o.o., 02-304 Warszawa, ul. Aleje Jerozolimskie 133 lok. 113 naruszył zdaniem odwołującego n/w przepisy Ustawy pzp:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 3 - ponieważ wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania. W wykazie złożonych lokali gastronomicznych zamawiający bez weryfikacji uznał: poz. 50 Bar klinika - bar - ul. Słowackiego 4, miasto Brzeszcze - pomimo iż pod adresem jest wyłącznie apteka i

garaże.

poz. 67 Pizzeria Julka - gastronomia - ul. Bielska 10, miasto Jawiszowice, która na dzień składania ofert wypowiedziała umowę i nie realizuje ich bonów.

poz. 49 Bar Lider - gastronomia- ul. Dworcowa 32, miasto Brzeszcze - oświadczenie właścicielki o nierealizowaniu bonów Wasza śywieniowa Polska sp. z

o.o. na dzień składania ofert. **SKLEPY:**

poz. 34 sklep Wrzos - spożywczy - ul. Kosynierów 10, miasto Brzeszcze - sklep na dzień składania ofert w likwidacji, właścicielka nie realizuje bonów Wasza śywieniowa Polska sp. z o.o.

poz. 42 sklep Magda- spożywczy - ul. Łokietka 4, miasto Brzeszcze - właścicielka na dzień składania ofert nie przyjmowała do realizacji bonów Wasza śywieniowa Polska

sp. z o.o. i dalej nie będzie ich przyjmować.

poz. 43 Mini Sam - spożywczy- ul. Nosala 14, miasto Brzeszcze - właścicielka oświadczyła, że na dzień składania ofert nie przyjmowała i dalej nie będzie

przyjmowała do realizacji bonów Wasza śywieniowa Polska sp. z o.o.

poz. 44 Sklep Wielobranżowy - spożywczy - ul. Słowackiego, miasto Brzeszcze - to kiosk wolnostojący z prasą- nie spełnia wymogów SMW.

poz. 59 sklep spożywczy - Piaski 7, miasto Jaszowice - właścicielka na dzień składania ofert nie przyjmowała do realizacji bonów Wasza śywieniowa Polska sp. z

o.o.

Ponadto wskazał, że wykonawca składając ofertę powinien sprawdzić czy punkty są aktualne. Zamawiający winien był wykluczyć z postępowania firmę Wasza śywieniowa Polska sp. z o.o. i odrzucić jej ofertę.

2. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 bo nie uznał oferty Wasza śywieniowa Polska sp. z o.o. za odrzuconą i jej nie odrzucił.

3.art. 7 ust. 1 i 3 PZP ponieważ nie badając czy wykazane punkty w ofercie Wasza śywieniowa istnieją i spełniają wymogi SMW prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji, bo nasze punkty badał, co oznacza także, że nie traktuje równo wszystkich wykonawców.

Ponadto wskazał, że wniesienie odwołania jest zasadne bo po uwzględnieniu naruszeń przez firmę Wasza śywieniowa i po odjęciu 8 punktów handlowo-gastronomicznych, pozostaje do oceny tylko 52-8=44 punktów, a oferta odwołującego ma uznane 49 punktów więc tym kryterium uzyska max. ilość 70 punktów i będzie ofertą najkorzystniejszą. Wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania ofert.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów udziału pełnomocnika na rozprawie. Ponadto podniósł, że na etapie badania ofert dokonał wizji lokalnej wskazanych przez wykonawców w ofertach placówek.. Zaznaczył również że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziła podstawa do wykluczenia w/wym. wykonawcy z przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 3) uPzp. gdyż przy uwzględnieniu wszystkich zgłoszonych placówek, wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym przekroczyli wymaganą jako warunek udziału w postępowaniu liczbę lokali handlowych i gastronomicznych. Natomiast po weryfikacji polegającej na odjęciu placówek nieistniejących, a wskazanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym oraz placówek nie spełniających wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawcy otrzymali następujące ilości punktów: 1) Wasza śywieniowa Sp. z o.o. - 52 punkty; 2) Subiekt Sp. z o.o. i AW-INWEST A. Dziekońska A. Dziekoński Sp. j. - 49 punktów; 3) Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. 47 punktów

Nadto w przedłożonym przy odpowiedzi na odwołanie wykazie, wskazał że na kwestionowane przez odwołującego placówki zamawiający posiada przedłożone przez firmę Wasza śywieniowa umowy o współpracy, wskazujące że po zawarciu

umowy z tym wybranym wykonawcą w tych placówkach będą realizowane bony żywieniowe dla pracowników zamawiającego.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania, podając, że na wszystkie zaoferowane punkty gastronomiczno-handlowe zostały złożone stosowne umowy, wskazujące na możliwość realizacji bonów żywieniowych w tych placówkach, podaje, iż Przystępujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a więc zarzuty odwołującego są chybione.

KIO 1908/10

Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. w Warszawie zwany dalej „odwołującym” w złożonym odwołaniu zarzucił naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych przez obrazę przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), poprzez niezgodne z zasadami dokonanie oceny ofert, a w szczególności zaniechanie dokonania wykluczenia oraz odrzucenia ofert pozostałych dwóch wykonawców.

Wskazał że oferta firmy „Wasza żywniowa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy al. Jerozolimskie 133 lok 113 nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) a także Firma ta powinna być wykluczona z postępowania. Podobnie Firma „Subiekt” Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy powinna być wykluczona z postępowania, a jej oferta uznana za odrzuconą. Oferty tych firm zostały złożone z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3, 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie ponownej oceny ofert zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, oraz o odrzucenie oferty złożonej przez Firmę „Wasza żywniowa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy al. Jerozolimskie 133 lok 113 Sp. z o.o. i wykluczenie Firmy „Subiekt” Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy i uznanie jej oferta za odrzuconą. Podniósł, że tylko oferta odwołującego spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta jako jedyna odpowiada SIWZ gdyż wszystkie zaproponowane przez niego placówki handlowe i gastronomiczne spełniały w pełni warunki wskazane w postanowieniach siwz i zostały w 100% uznane przez zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosili Wasza żywniowa sp. z o.o. oraz konsorcjum Subiekt sp. z o.o. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania w całości i rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego.

Odwołujący Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. zajmujący trzecie miejsce w rankingu ofert wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego dotyczącego dwóch poprzedzających go ofert. W stosunku do oferty spółki Wasza żywniowa sp. z o.o. podniósł w odwołaniu dwa zarzuty. Pierwszy zarzut dotyczył niewłaściwego załączenia do oferty wymaganego w siwz wzoru bonu. Według odwołującego załączony do oferty wzór bonu i jego zgodność z warunkami określonymi w SIWZ przesądzają o zgodności przedmiotu zamówienia oferowanego przez wykonawcę z SIWZ i o możliwości przyjęcia jego oferty albo o konieczności jej odrzucenia. Dlatego

też niewłaściwy wzór bonu dołączony do oferty winien skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący na rozprawie w zakresie tego zarzutu podniósł, że wg. załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wzoru bonu. Zdaniem odwołującego, wzór bonu musi być identyczny z wyglądem bonu, który będzie dopuszczony do realizacji przedmiotu zamówienia z jedynym wyjątkiem, iż winien on zawierać napis „wzór”. Ponadto wskazuje, że przedłożony przez przystępującego Wasza żywniowa sp. z o.o. wzór bonu nie spełnia w ogóle warunków postawionych w SIWZ, gdyż „jest to poklejony i skopiowany kawałek papieru na podobiznę bonu, a przedłożona kopia nie zawiera parametrów wymaganych przez SIWZ”.

W odpowiedzi na powyższy zarzut każdy zamawiający wskazał że wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia wzoru bonu. Zamawiający nie wymagał od wykonawców zastosowania szczególnej techniki wykonania bonów żywieniowych stanowiących przedmiot postępowania przetargowego, nie wymagał również od wykonawców zastosowania konkretnego rodzaju materiału, czy też zastosowania konkretnej palety barw dla dostarczanych bonów żywieniowych. Powyższe czynniki nie były przez zamawiającego oceniane i nie miały wpływu na ilość uzyskanych przez konkretnego wykonawcę punktów, od których zależy wybór oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący Wasza śywieniowa poparł stanowisko Zamawiającego i podał, że złożony do oferty bon, nie miał być zgodnie z zapisem SIWZ bonem w wydaniu finalnym, czyli tym, który będzie ostatecznie służył do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odnosnie drugiego zarzutu odwołujący podniósł, że wykonawca „Wasza śywieniowa” wskazał w wykazie 18 placówek gastronomicznych, w sytuacji gdy na terenie gminy Brzeszcze znajdują się tylko i wyłącznie 4 placówki gastronomiczne z co najmniej 15 miejscami siedzącymi w pomieszczeniu zamkniętym i ogrzewanym. Ponadto zakwestionował 32 placówki handlowe które zostały zamieszczone w wykazie mimo iż nie spełniają wymogów zawartych w siwz lub nie akceptują do realizacji bonów wystawionych przez firmę Wasza śywieniowa. Na rozprawie w trakcie której zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, odwołujący po analizie podniesionych w odpowiedzi argumentów i ustaleń faktycznych zamawiającego oświadczył, iż ogranicza swoje zarzuty do placówek gastronomiczno-handlowych wymienionych w wykazie pod pozycjami: 42, 44, 49, 50, czyli 4 placówek. Podniósł

, że przy ocenie placówek gastronomicznych należy brać pod uwagę cel jakim mają służyć z zakresie przedmiotu zamówienia tj realizacji posiłków profilaktycznych i w tym zakresie powołuje się na przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów w tej sprawie. Wskazuje, że zamawiający pomimo iż był zobowiązany do stosowania przepisów tego rozporządzenia, to przy ocenie lokali uregulowanych tam ustaleń nie przestrzegał.

Zamawiający ustosunkowując się do powyższych zarzutów odwołującego podniósł zarzut, iż powoływanie się na brak przestrzegania przy klasyfikacji placówek handlowo- gastronomicznych na przepisy rozporządzenia jest niedopuszczalne gdyż nie było objęte odwołaniem. Do odpowiedzi na odwołanie załączył dokument zawierający wyjaśnienia dotyczące zaakceptowanych przez zamawiającego placówek gastronomicznych i placówek handlowych a nadto złożył wniosek o włączenie do przedmiotowej sprawy, akt sprawy rozpatrywanej równolegle o sygn. KIO 1907/10 w szczególności w zakresie dołączonej do sprawy dokumentacji fotograficznej sklepu z poz. wykazu nr 44. W pierwszej kolejności wskazał że wymienione przez odwołującego się placówki gastronomiczne, tj.

1. Bistro Smak, ul. Piłsudskiego 3, Brzeszcze;
2. Kebab, ul. Ofiar Oświęcimia, Brzeszcze;
- 3 Kebab, ul. Mickiewicza, Brzeszcze, zostały przez zamawiającego uznane za odrzucone z oferty jako nie spełniające wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie miały wpływu na przyznaną wykonawcy liczbę punktów od których zależy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się natomiast do 32 placówek handlowych zgłoszonych przez wykonawcę, wskazał, że placówki zamieszczone w wykazie pod numerem 3, 4, 22, 28, 33, 37, 40, 41, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 69, 72, 73, 76, 77, 78 zostały przez zamawiającego również odrzucone jako nie spełniające wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Natomiast co do placówek handlowych zamieszczonych w wykazie pod numerem 26, 27, 29, 42, 43, 44, 49, 50, 56, 57, 75 zamawiający wskazał, iż posiada wiedzę, że na dzień składania ofert była zawarta umowa na realizację bonów wykonawcy. Kopie przedmiotowych umów zostały przez wykonawcę przedłożone na wezwanie zamawiającego wraz z uzupełnieniem. Wobec tego stwierdził, że nie można podzielić podnoszonej przez odwołującego argumentacji i tym samym nie zasługuje ona na uwzględnienie.

Nadto podniósł w uzasadnieniu swego stanowiska, że Zgodnie z działem XX ust. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ilość placówek podana przez wykonawców w złożonych przez nich ofertach jest głównym kryterium mającym wpływ na sumę otrzymanych przez wykonawców punktów. Fakt zawyżenia przez w/wym. wykonawców liczby placówek, poprzez podanie w wykazie placówek nieistniejących lub też nie spełniających wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, na podstawie wyżej poczynionego zestawienia nie pociąga za sobą konieczności uznania, że złożone przez wykonawców nieprawdziwe informacje co do niewielkiej części placówek, mają bezpośrednio wpływ lub też mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego. Zamawiający uznał wyłącznie placówki spełniające wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia co potwierdzone zostało przez, zamawiającego dokonaną wizją lokalną każdej placówki wskazanych w poszczególnych ofertach.

Mając to na uwadze, wskazał na brak zasadności wykluczenia w/wym. wykonawców z przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 3) uPzp, gdyż złożone przez nich nieprawdziwe informacje, nie wypełniają przesłanki wynikającej z w/wym. przepisu, tj. nie mają wpływu lub też nie mogą mieć wpływu na przedmiotowe postępowanie przetargowe.

W zakresie zarzutu do oferty firmy Subiekt sp. z o.o. podniósł zarzut, że firma „Subiekt” Sp. z o.o. podała 12 placówek, które nie istnieją lub nie spełniają warunków SIWZ.

Na rozprawie odwołujący po zapoznaniu się z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, ograniczył swoje zarzuty wskazane w odwołaniu do pkt. 2 i 3, 4 ujętych w odwołaniu. Wskazuje, że lokal wymieniony w pkt 2 tj. - Club „Luz” jest dyskoteką, jest bardzo rzadko otwierany. Jest raczej barem alkoholowym dla młodzieży, niż lokalem gastronomicznym. Pod pozycją 3 jest Bar „Lider”, wg wiadomości posiadanych przez odwołującego jest czynny od godz. 14:00 do 2:00 i jest to typowy lokal typ night club, a nie lokal mogący służyć realizacji bonów żywnościowych dla górników.

Pod pozycją 4 jest to Hotel „Babel” i jest on typowy lokalem, w którym serwuje się alkohol, znajduje się on naprzeciwko wejścia do kopalni. Wobec tego Odwołujący uważa, że wszystkie ww. 3 placówki nie spełniają wymogów postawionych w SIWZ przez Zamawiającego i w związku z tym, brak jest podstaw, aby uznane zostały jako lokale mogące służyć realizacji bonów żywnościowych dla Zamawiającego

Zamawiający odnosząc się od zarzutów podniesionych przez Odwołującego, podał odnośnie lokalu wymienionego pod pozycją 2, iż w oparciu o przeprowadzoną wizję lokalną, jak również rozeznania wśród innych placówek gastronomicznych, że lokal ten jest czynny, aczkolwiek tylko w godzinach wieczornych. Podniósł, iż w żadnym miejscu w SIWZ nie wymagał, aby lokal gastronomiczny był czynny przez okres całego dnia lub od godzin rannych. Również co do pozostałych dwóch lokali wniósł o nieuwzględnienie zarzutów.

Przystępujący „Wasza śywieniowa” sp z o.o. wniósł o oddalenie odwołania, popierając w całości argumenty podniesione przez zamawiającego. Wskazał, że argumenty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Przystępujący Konsorcjum: SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński wniósł jak zamawiający o oddalenie odwołania i podał, że odwołujący kwestionując działalność danych placówek handlowych, nie przedstawił na to żadnych przekonujących dowodów, popierających prezentowane stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiska stron i oraz postępowania przystępujących, zaprezentowane w odwołaniach, przystąpieniach i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc

przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba oddaliła wniosek konsorcjum Subiekt o odrzucenie odwołania już na etapie posiedzenia firmy Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. w Warszawie z powodu, braku interesu po stronie odwołującego. Również Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienia do obu postępowań posiadają interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołań mogłoby doprowadzić do zmiany ich sytuacji w postępowaniu..

Po sprawdzeniu czynności formalno prawnych w szczególności dotyczących zachowania terminów do wnoszenia środków ochrony prawnej tj. odwołań i w/w przystąpień Izba stwierdziła prawidłowość wniesionych odwołań i przystąpień.

Izba stwierdza, że żaden z dwóch wykonawców „Wasza śywieniowa” sp z o.o. oraz konsorcjum SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński nie zakwestionowali decyzji zamawiającego o odrzuceniu z ich ofert punktów gastronomicznych i handlowych wykazanych w ofercie . Zamawiający odrzucił z oferty „Wasza śywieniowa” sp z o.o. 26 jednostek ,a z oferty konsorcjum reprezentowanym przez Subiekt sp. z o.o. 8 jednostek.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu częściowo potwierdziły się, jednakże odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania

Izba zważyła co następuje;

W zakresie zarzutów w sprawie KIO 1907/10 Izba uwzględniła zarzut dotyczący poz. 44 wykazu oferty Wasza śywieniowa sp. z o.o. Zgodnie z przedłożoną dokumentacją fotograficzną tego sklepu –kiosku oraz opisu przedstawionego w zarzucie wynika jednoznacznie ,że jest to kiosk, który zgodnie z wymogami siwz nie spełnia wymogu stawianego placówkom handlowym. Zamawiający wskazał, że jest to inny lokal handlowy niż wskazany przez odwołującego jednakże tego faktu w sposób dostateczny nie udowodnił. Za uwzględnieniem tej części zarzutu przemawia wg. lbzy fakt iż określenie dokładnego miejsca położenia tego lokalu handlowego nie zostało przez zamawiającego wykazane. Zgodnie z załącznikiem nr 6 do siwz każda placówka handlowa i gastronomiczna winna być zlokalizowana poprzez podanie pełnej nazwy placówki i jej dokładnego adresu. Podanie przez wykonawcę Wasza śywieniowa sp. z o.o oraz przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie ,iż jest to sklep wielobranżowy zlokalizowany na ul. Słowackiego ? bez podania nr lokalu, nie wypełnia wymogu wskazania dokładnego adresu placówki wymaganego przez siwz. Izba poza treścią rozstrzygnięcia wskazuje iż nie jest to jedyna placówka bez podania dokładnego jej adresu, a wykazana w ofertach przez wykonawców i uznana przez zamawiającego, Jednakże zarzut tego typu nie był podniesiony w odwołaniach.

W pozostałych kwestionowanych przez odwołującego placówkach Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego ,że wykonawca Wasza śywieniowa sp. z o.o. w sposób prawidłowy wykazał dysponowanie kwestionowanymi jednostkami handlowymi i gastronomicznymi dla realizacji przedmiotu zamówienia. Izba nie uwzględniła podnoszonych przez odwołującego zarzutów wynikających z przedłożonych oświadczeń iż dana jednostka „nie realizuje bonów żywieniowych firmy Wasza śywieniowa sp. z o.o.” gdyż stwierdzenie tego faktu będzie możliwe dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Izba zmniejszyła ilość punktów handlowych i gastronomicznych którymi wykazała się firma Wasza śywieniowa o jedną jednostkę- z 52 do 51.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. sygn. KIO 1908/10 odnośnie zarzutu pierwszego oferty Wasza śywieniowa sp. z o.o. dotyczącego wzoru bonu, Izba nie uznaje zasadności tego zarzutu. Izba wskazuje , że użycie przez zamawiającego określenia „wzór” nie jest w odniesieniu do

wymogów siwz w tym zakresie precyzyjne, bardziej zasadne byłoby użycie określenia „projekt wyglądu/wzoru bonu”. Określenie wzór jest bardziej kojarzone z określeniem „wzorec” – jest formalnym sposobem opisywania poprawnych rozwiązań problemów opierających się na niemalże idealnym rozwiązaniu. Natomiast „projekt” jest wstępnym pomysłem przedstawiający propozycje i zamiary lub plan zorganizowanych działań zmierzających do osiągnięcia określonego celu. W postanowieniach siwz zamawiający wskazał jakie elementy mają być zawarte w wzorze bonu, jednakże poza obowiązkiem wskazania opracowania graficznego nie zawarł żadnych warunków oceniania wzoru bonu, jak i nie podniósł go do istotnych elementów oferty wpływających na ocenę złożonych ofert. Dlatego też Izba uznaje za zasadne stanowisko zamawiającego że w sytuacji kiedy nie był postawiony wymóg aby wzór bonu był wytworzony w szczególny sposób i aby był identyczny z bonem który będzie służył do realizacji przedmiotu zamówienia, stawianie zarzutu o potrzebie odrzucenia oferty z tego powodu jest przez odwołującego niezasadne. W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego oferty firmy Wasza śywieniowa sp. z o.o. Izba ocenając podniesione w tym zakresie przez odwołującego zarzuty, a także uwzględniając przedłożoną dokumentację fotograficzną stwierdza iż zarzut co do nieprawidłowego uznania przez zamawiającego placówek wymienionych w wykazie jednostek pod pozycją 42; 44; 49; 50 jest częściowo zasadna. Izba uznaje

zasadność zarzutów do placówek wymienionych w pozycjach 44; 49; i 50. Sklep wielobranżowy – poz. 44 był już przedmiotem oceny Izby w sprawie KIO 1907/10 i w tym zakresie Izba w pełni podtrzymuje zawartą tam argumentację. Natomiast odnośnie poz. 49 i 50 dotyczących baru Lider i baru Klinika II, będącymi lokalami typu fast-food, Izba nie uznaje tego typu lokali za odpowiednie do świadczenia usług w zakresie wydawania posiłków profilaktycznych. Nadto zamawiający w żaden przekonujący sposób nie wykazał, że lokale te dysponują co najmniej 15 miejscami siedzącymi w zamkniętych i ogrzewanych pomieszczeniach- z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający tylko „posiada wiedzę” iż dany lokal funkcjonuje, nie wskazując żadnych dalszych dowodów obalających zarzuty odwołującego. Wobec powyższego Izba zmniejszyła ilość punktów gastronomiczno-handlowych uznanych przez zamawiającego z 51 na 49. Z tytułu uznania zarzutu dotyczącego lokalu handlowego wykazanego pod pozycją 44 dokonano już zmniejszenia o 1- ilość punktów wykonawcy Wasza śywieniowa sp. z o.o. w sprawie KIO 1907/10.

W zakresie zarzutów odwołującego do oferty konsorcjum SUBIEKT Sp. z o.o., AW-Inwest A. Dziekońska, A. Dziewoński odwołujący na rozprawie ograniczył zarzuty do 3 placówek gastronomicznych wykazanych pod pozycją pkt. 2, 3, 4 ujętych w odwołaniu. Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego lokalu gastronomicznego w hotelu Babel, gdyż zdaniem Izby spełnia wymogi postawione w siwz i zamawiający w sposób prawidłowy wykazał możliwość dysponowania tą placówką przez konsorcjum Subiekt. Natomiast Izba uwzględniła zarzuty dotyczące lokalu wymienionego w pkt 2 tj. - Klubu „Luz”, według odwołującego lokal ten jest dyskoteką- lokalem

w godzinach młodzieżowym, czynnym

nie codziennie i otwieranym tylko

wieczornych. Również zasadnym jest zdaniem Izby zarzut dotyczący wymienionego pod pozycją 3 Baru „Lider, jak zasadnie wykazał odwołujący jest to lokal typu „night club” czynny tylko w godzinach nocnych. Zdaniem Izby nie są to lokale mogące w sposób prawidłowy zapewnić realizację serwowania posiłków profilaktycznych. Dlatego też Izba nakazuje zamawiającemu zmniejszenie konsorcjum Subiekt sp. z o.o ilość uznanych lokali o 2 tj. z 49 do 47.

Po dokonanych ustaleniach przez Izbę wykonawcom pozostaje uznana niżej wymieniona liczba lokali gastronomicznych i handlowych:

-
- Wasza śywieniowa Sp. z o.o – 49
 - Firma „Subiekt” Sp. z o.o. - 47
 - Sodexo Pass Polska Sp. z o.o - 47, co nie zmienia wykonawcy wybranego do

realizacji przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych przez odwołujących zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, w zakresie wykazanych stanów faktycznych tj. pozytywnego zweryfikowania przez zamawiającego lokali handlowych i gastronomicznych Izba uznaje ten zarzut za niezasadny, ewentualnie zasadność tego zarzutu mogłaby być rozpatrywana w kontekście wykazania w ofercie przez dwóch wykonawców, nieistniejących w rzeczywistości lokali gastronomiczno- handlowych, jednakże nie nastąpiło podniesienie w odwołaniu zarzutu w tym ściśle określonym zakresie. W świetle uzasadnienia Izby dotyczącego nie uznania zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wzoru bonu, Izba nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Również z powodu nie podniesienia w odwołaniu w formie zarzutu, wskazanego przez odwołującego Sodexo Pass Polska sp. z o.o., iż do oceny lokali gastronomicznych winny być brane pod uwagę nie tylko możliwości lokalowe, ale przede wszystkim możliwości technologiczne wskazujące na możliwość realizacji wydawania posiłków profilaktycznych zgodnie z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U z 1996 roku nr 60 poz. 279) Izba nie rozpoznawała tego faktu. Jednakże Izba wskazuje że zasadnym jest, poza przedmiotem rozpoznania Izby, wskazanie iż realizacja danego przedmiotu zamówienia winna służyć osiągnięciu celu wynikającego z jego przedmiotu. Podstawowym celem tego postępowania jest zapewnienie pracownikom zamawiającego, możliwości korzystania z posiłków profilaktycznych, zgodnie z wymogami w/w Rozporządzenia, a w szczególności przepisem jego paragrafu 2. Zdaniem Izby zamawiający cały ciężar postępowania przeniósł na możliwość realizacji bonów w możliwie największej ilości punktów gastronomiczno- handlowych , pomijając niemalże w zupełności możliwości tych jednostek w prawidłowym wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby dopuszczenie świadczenia usług żywieniowych przez fast foody, lokale dyskotekowe, night club, itp. wydaje się nie spełniać niezbędnych w tym zakresie wymogów.

Również Izba wskazuje na niekonsekwencje zamawiającego w przestrzeganiu niektórych postanowień siwz. Jako przykład Izba wskazuje na pkt.4 załącznika nr 1 do siwz, gdzie zamawiający stawia wymóg aby placówki handlowo- gastronomiczne mające świadczyć wydawanie posiłków regeneracyjnych były oznakowane w sposób, umożliwiający ich identyfikację przez pracowników realizujących bony. Ta kwestia została całkowicie pominięta przy ocenie i klasyfikacji danej placówki. Izba z urzędu stwierdza, że w żadnej umowie z daną placówką które zawierali wykonawcy, nie ma zapisu o tym fakcie, nie ma również zgody dysponenta lokalu na wywieszenie takiej informacji. W niektórych umowach znajduje się zapis o umieszczeniu naklejki z logo agenta, jednakże logo dostawcy bonu nie może być utożsamiane z wymogiem umieszczenia powyższej informacji. Kwestia ta również nie mogła być rozpoznana przez Izbę gdyż nie była przedmiotem zarzutu.

Niezależnie od uwzględnienia przez Izbę części zarzutów– jak wskazano powyżej – Izba postanowiła odwołanie oddalić, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na to że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnienie części zarzutów nie powoduje zmiany wybranego do realizacji umowy wykonawcy.

Wobec powyższego działając na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy Pzp. orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 p.pkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). Nie przyznano wynagrodzenia pełnomocnikowi przystępującego z powodu braku podstawy prawnej w tym zakresie. Pełnomocnikowi zamawiającemu przyznano wynagrodzenie za sprawę 1907/10 gdyż tylko w tej sprawie został na rozprawie złożony stosowny rachunek. Natomiast zgłoszone żądanie o przyznanie kosztów w sprawie 1908/10

bez złożenia rachunku Izba uznała za bezskuteczne. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego – w/w rozporządzenie, nie przyjął wzorem kpc (art. 109 kpc,) zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, rachunkiem składanym do

akt sprawy. Przedłożony do KIO rachunek w dniu następnym po zamknięciu rozprawy nie został uwzględniony przez Izbę.

Przewodniczący

Członkowie

.....