

WYROK
z dnia 7 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Spółem**” **Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, ul. Lipowa 29, 32-620 Brzeszcze** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 25 września 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 „**Spółem**” **Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, ul. Lipowa 29, 32-620 Brzeszcze** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Spółem**” **Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, ul. Lipowa 29, 32-620 Brzeszcze,**

-
- 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 „**Spółem**” **Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, ul. Lipowa 29, 32-620 Brzeszcze.**

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 24 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S. A. Oddział KWK „Brzeszcze-Silesia” – zamówienie sektorowe nr ewid.: 100800152/01.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu Zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 8 lipca 2008 r., natomiast zostało ono opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 12 lipca 2008 r., nr 2008/S 134-180209.

Zawiadomieniem z dnia 19 września 2008 r. (znak: Z/ZZ/ZZS/8052/ZK108), przesłanym faksem, Zamawiający poinformował Protestującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. w Warszawie, zwanego dalej „Sodexho”.

W dniu 25 września 2008 r. pismem z tego samego dnia, do Zamawiającego wpłynął protest wykonawcy – „Społem” Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”, na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania, polegające na:
wyborze jako najkorzystniejszej oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o. o.;

2

zaniechaniu wykluczenia z postępowania Sodexho Pass Polska Sp. z o. o.;

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Sodexho Pass Sp. z o. o., bowiem oferta Sodexho nie jest rzetelna i uczciwa a spółka ta nie złożyła wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających uprawnienie do wykonywania określonej działalności i czynności, oraz nie złożyła oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków;

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta Sodexho odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 3, 5 i 8 ustawy Pzp, a ponadto art. 58 § 1 i 2 Kc poprzez uznanie oferty Sodexho Pass Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zwanej dalej „ZNKU”, jest niezgodna z ustawą i złożona została przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

Wobec naruszenia powyższych przepisów Protestujący wniósł o:

wykluczenie Sodexho z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty;

dokonanie ponownego badania i wyboru oferty „Społem” Powszechnej Spółdzielni Spożywców „Górnik” w Brzeszczach jako najkorzystniejszej;

w razie nieuwzględnienia powyższych wniosków, w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego, Protestujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając powyższe Protestujący przytoczył następujące argumenty:

W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III „Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego” Zamawiający określił, że bezwzględnie wymagane są dokumenty potwierdzające, iż wykonawcy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, w konkretnym przypadku, między innymi do zaciągnięcia zobowiązania na organizację całego systemu emisji i sprzedaży bonów oraz zarządzania ich obrotem i realizacją.

Z załączonego do oferty Sodexho odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego nr 0000033826 wynika, że kapitał zakładowy spółki wynosi 3 mln PLN. Natomiast oferowana przez Sodexho wartość dostawy objętej określonym przez Zamawiającego zamówieniem wynosi 15.981.280,00 zł (słownie złotych: piętnaście milionów dziewięćset osiemdziesiąt jeden tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy), a więc ponad 5-krotnie przekracza wartość kapitału zakładowego spółki.

3

Zgodnie z przepisem art. 230 KSH, rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.

Sodexho nie przedstawiła uchwały wspólników upoważniającej pełnomocnika spółki do dokonania czynności prawnej w postaci złożenia oferty i pozostałych czynności związanych z jego udziałem, ani też umowy spółki zawierającej postanowienia w tym zakresie, wobec tego zdaniem Protestującego, oferta Sodexho zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp, powinna być odrzucona jako, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest niezgodna z ustawą oraz została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Sodexho Pass Sp. z o. o. do

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wbrew wyraźnemu obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ustawy Pzp, w opinii Protestującego wypełnia przesłankę unieważnienia postępowania wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (patrz. wyrok ZA z dnia 26 lipca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZOIO-2134/06).

Jak podnosi Protestujący, treść oferty Sodexho stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ZNKU, polegający na wskazaniu w dołączonym do załącznika nr 6 wykazie 15 placówek handlowych i gastronomicznych Protestującego, w których mają być realizowane przedmiotowe bony. Placówki te wskazał również Protestujący w związku ze swoim udziałem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Protestującego, takie działanie Sodexho Pass Sp. z o. o. w stosunku do niego oraz innych przedsiębiorców stanowi utrudnianie dostępu do rynku dostaw bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych. Jak wskazał w uzasadnieniu Protestujący, działalność konkurencyjną na rynku emisji bonów żywieniowych prowadzą 2 grupy przedsiębiorców. Pierwszą grupę stanowią tzw. operatorzy - są to przedsiębiorcy, którzy zajmują się emisją i sprzedażą znaków legitymacyjnych, w konkretnym przypadku w drodze zamówienia publicznego, nie posiadając własnych punktów handlowych. Drugą grupę stanowią sieci handlowe, które zajmują się nie tylko emisją i sprzedażą własnych bonów, ale również ich realizacją we własnych placówkach handlowych. Placówki te akceptują jednocześnie bony żywieniowe tzw. operatorów, jakim jest także spółka Sodexho, która w tym przypadku zawarła z Protestującym umowę agencyjną o akceptowanie emitowanych przez nią "bonów - kuponów" poprzez sprzedaż towarów okazicielom tych bonów wystawianych przez Agentą (Sodexho).

Wykonując zawartą w dniu 08 listopada 2001 r. umowę nr 10003458, Protestujący realizuje ustalone obowiązki umowne, zaś Sodexho jako Agent zobowiązany jest przekazać

4

Protestującemu należność pochodzącą z kwot przekazanych przez Nabywcę (tu Zamawiającego), pomniejszoną o należną mu prowizję. Natomiast Sodexho wskazała także inne placówki handlowe przedsiębiorców, którzy nie ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Powyższe zdaniem Protestującego wskazuje na to, iż występuje on w niniejszej sprawie w podwójnej roli, z jednej strony jest emitentem bonów, a co za tym idzie konkurentem Sodexho, a z drugiej strony Akceptantem bonów Sodexho na mocy zawartej z nią umowy. Takie działania Sodexho, w szczególności wskazanie placówek handlowych Protestującego jako realizującego jego bony, bez uprzedniego omówienia i ustalenia warunków współpracy, zdaniem Protestującego wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ZNKU. Tym samym, dokonanie przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o. o., pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Protestujący podniósł, że realizacja przez niego bonów Sodexho, narusza jego interes, z powodu potrącania przez Sodexho prowizji z należności pochodzących od nabywcy bonów (Zamawiającego). W ten sposób koszty prowizji dla Sodexho pokrywane są przez Protestującego, a Zamawiający realizując kosztem Protestującego swój obowiązek, o którym mowa w art. 232 Kodeksu pracy, nie ponosi żadnych kosztów emisji, dystrybucji czy rozliczeń związanych z realizacją bonów i otrzymuje nieodpłatne świadczenie, którego nie opodatkowuje.

Wyżej opisane praktyki Sodexho oraz Zamawiającego, w opinii Protestującego, ograniczają, a nawet eliminują uczciwą konkurencję. W związku z powyższym Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 58 § 1 i 2 Kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie oferty na zamówienie, którego przedmiot jest sprzeczny z art. 232 Kodeksu pracy oraz § 2 ust. 2 i § 6 i 8 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów z dnia 28 maja 1996 r. (Dz. U. Nr 60, poz. 279). Zdaniem Protestującego Zamawiający jako Pracodawca ma bowiem obowiązek wydawania pracownikom posiłków i napojów w naturze, w dniach wykonywania prac uzasadniających ich wydawanie. Posiłki powinny być wydawane w czasie regulaminowych przerw w pracy, w zasadzie po 3-4 godzinach pracy. Z kolei napoje powinny być dostępne dla pracowników w ciągu całej zmiany roboczej. Nie można ich, w opinii Protestującego, zastąpić wypłaceniem ekwiwalentu

pieniężnego. Wydawanie bonów żywnościowych stanowi więc obejście obowiązujących przepisów, ponieważ bony stanowią substytut pieniądza.

4) Wybrana przez Zamawiającego oferta Sodexho pozostaje w sprzeczności z przedmiotem działalności ujawnionym w rejestrze przedsiębiorców Sodexho pod nr KRS 0000033826 jako:

5

- 7487 B - działalność komercyjna pozostała, gdzie indziej nie sklasyfikowana,
- 6713 Z - działalność pomocnicza finansowa, gdzie indziej nie sklasyfikowana.

W opinii Protestującego zasadą jest, że faktycznie wykonywana działalność gospodarcza powinna być zgodna z działalnością wpisaną do właściwego rejestru, zasada ta została naruszona przez Sodexho, gdyż oznaczona nr 7487 B - obejmuje między innymi działalność organizowania zaopatrzenia lub sprzedaży dla małych i średnich firm oraz pośrednictwo w interesach, a w niniejszej sprawie Zamawiający nie spełnia warunków uznania go za średniego przedsiębiorcę w rozumieniu art. 105 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (j.t. z 2007r. Dz. U. Nr 155, poz. 1095 ze zm.). Z kolei działalność oznaczona nr 6713 Z - obejmuje tylko działalność pośredników w sprawach zastawów hipotecznych, doradców finansowych, kantorów wymiany walut.

Protestujący zwraca jednocześnie uwagę, iż pomimo obowiązku nałożonego na kierownika jednostki złożenia w aktach rejestru przedsiębiorców dokumentów określonych w przepisach ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.), Sodexho dokumenty te złożyła tylko za okres od 1 września 1999 r. do 31 sierpnia 2000 r.

5) Protestujący zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, złożył do Zamawiającego w dniu 06. 08. 2008 r. wniosek o wgląd do złożonej w niniejszym postępowaniu oferty przez Sodexho. Na podstawie zgody z dnia 07. 08. 2008 r. (pismo znak: Z/ZZ/ZZS/6688/ZK/08) wydanej przez Zamawiającego, Protestujący dokonał wglądu do ww. oferty, w wyniku czego ustalił, iż nie spełnia ona następujących warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ:

Na str. 3 oferty – „Formularz ofertowy” w 5 wierszu - Sodexho podaje, że dysponuje 3 punktami (placówkami) handlowymi w miejscowości PRZESIESZYN. Protestujący wskazuje, iż takiej miejscowości nie ma na terenie gminy Brzeszcze. Do gminy oprócz miasta Brzeszcze należy 5 sołectw: Jawiszowice, Przecieszyn, Skidziń, Wilczkowie i Zasole.

Na str. 47 i 48 oferty – załącznik nr 3 – „Wykaz wykonanych dostaw lub realizacji bonów żywnościowych, bonów na posiłki profilaktyczne (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania”.

Zgodnie z pkt. XII SIWZ w celu potwierdzenia opisanego w pkt. X ust. 1 warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, Zamawiający wymagał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub realizacji bonów żywnościowych lub bonów na posiłki profilaktyczne w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, dat

6

wykonania i pełnej nazwy odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy (realizacje) zostały wykonane należycie - zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ.

Zdaniem Protestującego Sodexho nie spełnia ww. warunku, bowiem wymagany przez Zamawiającego wykaz nie został sporządzony zgodnie z opisanymi wyżej wymaganiami SIWZ, lecz wg wzoru ustalonego przez Sodexho. W związku z czym oferta Sodexho powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na str. 56 oferty – załącznik nr 7 - "Wykaz części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom" - nie został wypełniony przez Sodexho w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Sodexho tylko stwierdza w tabeli, kolumna: "Część zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy" - NIE DOTYCZY. Protestujący podkreślił natomiast, iż brak jest w przepisach prawa wprost zdefiniowanego pojęcia podwykonawcy, istnieje raczej wskazanie, kto nim może być. Nazwą tą określa się

osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Podwykonawcą może być więc podmiot, który dostarcza niezbędne do wykonania zadania przedmioty, jak również jednostka, która wspólnie z wykonawcą będzie realizowała zamówienie publiczne w oparciu o stosowne umowy z nim zawarte. Protestujący zaznaczył, iż Zamawiający w treści SIWZ wyraził zgodę na powierzenie zamówienia podwykonawcom i żądał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zostanie podwykonawcom powierzone. Z uwagi na to, iż Sodexho nie prowadzi żadnej działalności handlowej i gastronomicznej, a zatem nie posiada własnych placówek handlowych i gastronomicznych, w opinii Protestującego powinna w swej ofercie wskazać podwykonawców, którzy realizować będą emitowane przez nią bony żywieniowe na posiłki profilaktyczne, zgodnie z żądaniem Zamawiającego wyrażonym w pkt VIII SIWZ.

Na str. 58 oferty – załącznik nr 6 - "Wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje Wykonawca, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki" - w celu potwierdzenia opisanego w SIWZ w pkt X ust. 1 warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wymagał szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych z podaniem ich pełnej nazwy i dokładnego adresu, którymi dysponuje Wykonawca na terenie miasta i gminy Brzeszcze, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki.

Sodexho tylko częściowo wypełniła ten wykaz wpisując w tabeli "ZGODNIE Z ZAŁĄCZONYM WYKAZEM" oraz podając ogółem liczbę punktów (placówek) handlowych - 34 i ogółem liczbę punktów (placówek) gastronomicznych -1. W związku z powyższym, zdaniem Protestującego, omawiany wykaz jest niezgodny z treścią SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta winna być odrzucona. Oferta Sodexho zawiera co prawda na str. 59 adresy punktów (placówek) oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe

7

posiłki, ale wykaz ten został sporządzony według wzoru ustalonego przez Sodexho. W 17 punktach brak jest pełnej nazwy placówki oraz występują pomyłki w adresach. Ponadto w przypadku jednego sklepu, zostało podane, iż należy on do branży sklepów spożywczo-przemysłowych, a w rzeczywistości sklep ten należy do "Społem" PSS "Górnik" w Brzeszczach i prowadzi sprzedaż farb i lakierów oraz wszelkiego rodzaju artykułów ogrodnich, nasion, sadzonek kwiatów i warzyw. Protestujący stoi więc na stanowisku, iż błędne podanie danych omawianych wyżej placówek, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gorące posiłki, oraz zamieszczenie w wykazie pod nr 3 sklepu chemiczno-ogrodniczego jest niezgodne z treścią SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferta winna być odrzucona.

Na str. 60 oferty - "Wzór Kuponu żywieniowego" - Protestujący zaznacza, iż Zamawiający w treści SIWZ wymagał dołączenia do oferty wzorów bonów żywieniowych na posiłki profilaktyczne o nominałach: 11,30 PLN, 10,36 PLN i 6,10 PLN oraz żądał, aby każdy wzór bonów żywieniowych zawierał w szczególności pozostałe dane, które zostały wyszczególnione przez Zamawiającego w treści SIWZ w załączniku nr 1 -"Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia" pkt 6 oraz w załączniku nr 6 "Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy" w § 4 pkt 6. Sodexho dołączyła jedynie wzory dwóch kuponów żywieniowych o nominałach 6,10 zł i 11,30 zł, które ponadto nie spełniają następujących wymogów określonych w treści SIWZ:

- zawierają nazwę "kupon żywieniowy", a Zamawiający żądał, aby zawierały nazwę "bon żywieniowy",
- zawierają zastrzeżenie "kategoryczny zakaz sprzedaży na kupon alkoholu, wyrobów tytoniowych i kawy" a Zamawiający żądał, aby zawierały zastrzeżenie o braku możliwości realizacji w zakresie nabycia produktów alkoholowych i wyrobów tytoniowych,
- zawierają datę ważności - do dnia 30. 06. 2009 r., a Zamawiający żądał, żeby dostarczone bony żywieniowe posiadały termin ważności umożliwiający ich realizację w terminie nie krótszym niż 3 miesiące od daty wydania Zamawiającemu,
- zawierają zastrzeżenie - "Kupon żywieniowy uprawnia wyłącznie do otrzymania posiłku". Zgodnie z tym zastrzeżeniem placówki akceptujące "kupyony" Sodexho nie mogą sprzedawać artykułów spożywczych przeznaczonych na przyrządzanie posiłków przez pracowników Zamawiającego we własnym zakresie, na kupony żywieniowe zawierające takie zastrzeżenie.

Z kolei wzór bonu żywieniowego o nominalie 10,36 zł, w ogóle nie został przez Sodexho złożony.

Jak wskazuje Protestujący, konieczność stosowania na bonach żywieniowych zapisów określonych w treści SIWZ oraz żądanych przez Zamawiającego wynika z przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie

8

profilaktycznych posiłków i napojów.

Protestujący stwierdził, że w ofercie Sodexho brak jest oświadczenia, że ww. Wykonawca zapoznał się z SIWZ oraz akceptuje bez zastrzeżeń warunki realizacji określone przez Zamawiającego w SIWZ opublikowanej na stronie internetowej w dniu 12 lipca 2008 r. a także, że przyjmuje bez zastrzeżeń "Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy" zgodnie z dokonaną modyfikacją SIWZ pismem z dnia 17 lipca 2008 r. (znak: Z/ZZ/ZZS/60511ZKII008).

W opinii protestującego niespełnienie opisanych powyżej warunków powoduje, że treść oferty Sodexho nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest niezgodna z ustawą, a uchybienia te stanowią podstawę do jej odrzucenia. Wobec powyższego, wybór przez Zamawiającego oferty Sodexho stanowi naruszenie interesu protestującego.

Rozstrzygnięciem z dnia 2 października 2008 r. Zamawiający w oparciu o art. 183 ustawy Pzp, rozstrzygnął protest w następujący sposób:

Ad. 1) odnośnie zarzutu pierwszego dotyczącego art. 24 ust. pkt 2 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, iż mając na uwadze treść podnoszonego zarzutu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 7 ustawy Pzp został on złożony z uchybieniem terminu dla jego wniesienia, gdyż odnosi się do zapisów SIWZ, której publikacja miała miejsce 12. 07. 2008 r. W związku z czym termin na wniesienie protestu upłynął w dniu 26. 07. 2008 r., a więc zarzut ten podlega odrzuceniu przez Zamawiającego.

Jednocześnie odnosząc się do uzasadnienia zawartego w proteście Zamawiający stwierdził, iż w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) nie żądał w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, przedłożenia uchwały wspólników upoważniającej pełnomocnika spółki do dokonania czynności prawnej w postaci złożenia oferty i pozostałych czynności, ani też umowy spółki zawierającej postanowienia w tym zakresie wychodząc z założenia, iż na tym etapie byłoby to działanie przedwczesne. Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie powyższego żądania pojawi się dopiero bezpośrednio przed zawarciem umowy. Poza tym jak twierdzi Zamawiający może zdarzyć się tak, iż umowa spółki będzie zawierać zapisy, które upoważniają np. Zarząd do rozporządzania prawem lub zaciągania zobowiązań o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość Kapitału Zakładowego. Natomiast wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26.07.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2134/06), na który powołuje się Protestujący, dotyczył postępowania, w którym w SIWZ nie zamieszczono jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu, ani

9

też w konsekwencji nie zażądano dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału, co nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, iż przepis art. 230 KSH odnosi się jedynie do stosunków wewnętrznych Spółki. Wykładnia art. 230 i art. 17 KSH prowadzi do wniosku, iż złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania, wobec czego na tym etapie postępowania uchwała wspólników nie jest wymagana. Zamawiający jednocześnie wskazał, iż Zespoły Arbitrów przyjęły w tej sprawie jednolite stanowisko, zgodnie z którym "z treści art. 230 KSH wynika, że uchwała wspólników zawierająca zgodę na rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego jest niezbędna dopiero na etapie zaciągnięcia zobowiązania. Za zaciągnięcie zobowiązania na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych należy uznać podpisanie umowy o zamówienie publiczne. Tak

więc sankcja nieważności wynikająca z art. 17 § 1 KSH nie odnosi się do oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" (por. orzeczenie ZA z dnia 31.01.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-226/06). W związku z powyższym, zarzut ten niezależnie od konieczności jego odrzucenia jako złożonego z uchybieniem terminu, należy uznać za bezzasadny.

Ad. 2) Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez nieodrzućenie oferty złożonej przez Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. Zamawiający stwierdza, iż żaden z podnoszonych przez Protestującego zarzutów w zakresie sprzeczności oferty Sodexho z treścią SIWZ nie zachodzi, co skutkuje oddaleniem przez Zamawiającego ww. zarzutu jako bezzasadnego.

Zarzut dotyczący błędnej nazwy miejscowości "Przesieszyn" w ofercie Wykonawcy - Zamawiający w dniu 20. 08. 2008 r. działając w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poinformował Wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o. o., iż poprawił w jego ofercie oczywistą omyłkę pisarską, spowodowaną błędnym wpisaniem nazwy miejscowości „Przesieszyn", podczas gdy powinno być „Przecieszyn". Podany przez Wykonawcę kod pocztowy w/w miejscowości jak i przynależność do gminy Brzeszcze wskazują bowiem jednoznacznie na miejscowość Przecieszyn.

Zarzut dotyczący niezgodności Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub realizacji bonów żywieniowych lub bonów na posiłki profilaktyczne w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszczonego na str. 48 oferty Wykonawcy Sodexho. Zdaniem Zamawiającego wykaz Wykonawcy Sodexho zawiera wszystkie niezbędne, a wymagane przez Zamawiającego w SIWZ informacje, a podnoszony zarzut dotyczy niezgodności formy złożonego przez Wykonawcę "Wykazu" i jako taki nie podlega

10

restrykcji ustawowej określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Również zarzut dotyczący niekompletności dat wykonania przedmiotu zamówienia w przedmiotowym wykazie jest bezzasadny - daty wykonania przedmiotu zamówienia zostały bowiem uzupełnione przez Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut Protestującego dotyczący wypełnienia przez Wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. załącznika nr 7 do SIWZ (str. 56 oferty) „Wykaz części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy" poprzez zamieszczenie zapisu „NIE DOTYCZY" – zdaniem Zamawiającego jest niezrozumiały. Przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych - w tym zakresie Wykonawca składa ofertę samodzielnie co zostało określone jednoznacznie w złożonej ofercie.

Zarzut, dotyczący niezgodności z treścią SIWZ zamieszczonego na str. 58 oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych jest bezzasadny. Przedstawiony w ofercie tego Wykonawcy na str. 59 wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zawiera wszystkie niezbędne informacje, wymagane przez Zamawiającego w załączniku nr 6 SIWZ. Ponadto Zamawiający stwierdził, iż działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym pomyłek w adresach lub nazw placówek. Wykonawca udzielił w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień.

Zarzut niespełniania wymogów określonych w treści SIWZ przez wzory bonów żywieniowych zamieszczone na str. 60 oferty Wykonawcy Sodexho, a w szczególności brak wzoru bonu o wartości nominalnej 10,36 zł, Zamawiający również uznał jako bezzasadny. Zamawiający w dniu 20. 08. 2008 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie wzorów kuponów żywieniowych. W dniu 25.08.2008 r. firma Sodexho uzupełniła powyższe dokumenty. Dołączone wzory zawierają nazwę kupon żywieniowy - jednakże Zamawiający uznał, że z uwagi na to, iż wyrazy bon, kupon, talon są synonimami, dla istoty przedmiotowego postępowania, sposobu realizacji zamówienia, jak również pozostawania w zgodności z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28.05.1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, istotne jest tutaj rozszerzenie "żywieniowy" oraz to, by znak legitymacyjny, tu nazywany bonem (kuponem) żywieniowym, umożliwił pracownikowi nabycie gorących posiłków profilaktycznych lub produktów do jego samodzielnego przygotowania i jednoznacznie uniemożliwił zakup produktów o innym charakterze jak ma to miejsce w przypadku bonów, talonów towarowych.

Podkreślić również należy, iż w ogłoszeniu oraz w SIWZ Zamawiający posłużył się kodem CPV 22867000-5 - Talony na posiłki.

Zarzut Protestującego, że w ofercie Wykonawcy Sodexho brak jest oświadczenia, że zapoznał się z SIWZ oraz akceptuje warunki realizacji określone przez Zamawiającego w SIWZ jest bezzasadny. Wykonawca Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. w formularzu

11

ofertowym w złożonej ofercie na str. 3 w pkt 6) lit. a) i b) oświadczył, że zapoznał się z SIWZ oraz akceptuje warunki realizacji określone przez Zamawiającego w SIWZ bez zastrzeżeń, a także że przyjmuje bez zastrzeżeń istotne postanowienia umowy określone w załączniku nr 4 SIWZ, które wprowadzone zostaną do umowy.

Ad. 3) Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 oraz art. 58 § 1 i 2 KC, a także złożenia przez Sodexho oferty naruszającej przepisy art. 3 UZNK.

Zamawiający stwierdził, iż zarzut dotyczący sprzeczności przyjętego w SIWZ sposobu realizacji zamówienia (dostawa bonów żywieniowych) w aspekcie przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 7 został złożony z uchybieniem terminu do jego wniesienia, bowiem odnosi się do zapisów SIWZ, której publikacja miała miejsce 12 lipca 2008 r. Termin ten minął więc w dniu 26 lipca 2008 r. Wobec powyższego zarzut ten podlega odrzuceniu przez Zamawiającego. Ponadto, wg Zamawiającego niniejszy zarzut jest jednocześnie bezzasadny, bowiem, zdaniem Zamawiającego ww. rozporządzenie dopuszcza zastąpienie posiłków w naturze przyrządzaniem ich przez pracownika we własnym zakresie z zakupionych produktów. Specyfika pracy w górnictwie węgla kamiennego uniemożliwia natomiast ze względów organizacyjnych, technicznych, bezpieczeństwa i higieny pracy spożycie gorącego posiłku w czasie pracy.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Sodexho art. 3 UZNK – Zamawiający zauważa, iż zgodnie z przepisem, na który powołuje się Protestujący czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa Pzp statuuje natomiast zasadę równego traktowania ubiegających się o zamówienie, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, co w opinii Zamawiającego oznacza, że status podmiotu ubiegającego się o zamówienie powinien pozostawać bez wpływu na dokonany wybór.

Zarzut pozostawania wybranej przez Zamawiającego oferty w sprzeczności z przedmiotem działalności ujawnionym w rejestrze przedsiębiorców Sodexho pod nr 0000033826, w opinii Zamawiającego, nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w/w Wykonawcy, czy też jego wykluczenia. Również zarzut dotyczący złożenia przez Wykonawcę Sodexho w aktach rejestru przedsiębiorców dokumentów określonych w przepisach ustawy o rachunkowości tylko za okres od 01. 09. 1999 r. do 31. 08. 2000 r. Zamawiający uznał za bezzasadny, ponieważ w prowadzonym postępowaniu, wg Zamawiającego, nie miał on obowiązku sprawdzania, czy Wykonawca złożył do akt rejestrowych dokumenty określone w przepisach

12

ww. ustawy. Na poparcie swoich twierdzeń, Zamawiający przytoczył stanowisko UZP, zgodnie z którym „wymaganie od Wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze odpowiadał przedmiotowi działalności określonej zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oznaczałoby w istocie stawianie wykonawcom wymagań, które nie wynikają z przepisów ustawy Pzp ani z żadnych innych przepisów, w związku z powyższym wykluczanie wykonawców z postępowań przetargowych (...) pozbawione jest podstawy prawnej” (vide: Prawo zamówień publicznych komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego. Wydanie 3 Warszawa 2001 str. 126). Jednocześnie Zamawiający wskazał na podobne jednolite stanowisko orzecznictwa: wyroki ZA z dnia 2 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1937/0S), z dnia 6 lipca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2136/06), z dnia 7 czerwca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1202105). Wynika z nich, iż Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie może

dyskryminować podmiotu uczestniczącego w postępowaniu ze względu na jego status prawny czy strukturę. Zamawiający przywołał również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r. (sygn. akt III CKN 478/98), w którym Sąd Najwyższy postawił tezę, iż z reguły równości i uczciwej konkurencji wynika, że o zamówienie publiczne może ubiegać się każdy, nawet osoba nieprowadząca działalności gospodarczej, jeśli tylko spełnia ustawowe lub indywidualnie wyznaczone przez Zamawiającego warunki.

Ponadto Zamawiający stwierdził, iż w działaniu firmy Sodexho, brak jest jego zdaniem oznak naruszenia przepisu art. 3 UZNK. Bowiem wykazanie się w ofercie przez Wykonawcę placówkami, w których realizowane będą dostarczone bony jest zgodne ze stanem faktycznym i zawartymi umowami z przedsiębiorcami, którzy są właścicielami tychże placówek. Natomiast normalną praktyką handlową pomiędzy stronami jest fakt pobierania prowizji z tytułu świadczonych wzajemnie usług. Twierdzenia, iż pomiędzy stronami, czyli Agentem (Sodexho) a Klientem (PSS Spółem "Górniki") brak jest ustaleń, co do zasad współpracy są błędne, o czym świadczy dołączona do protestu kopia umowy, z której wynika, że strony zawarły umowę na czas nieokreślony. Co więcej gdyby w rzeczywistości taka sytuacja jak opisana powyżej zagrażała lub naruszała interes Protestującego zgodnie z § 13 ust. 2 mógł on wypowiedzieć w/w umowę, czego nie uczynił. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż wzajemne rozliczenia i sposób współpracy nie jest przedmiotem niniejszego sporu i nie wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia. Za błędne również uznał stanowisko Protestującego, odnoszące się do niepokrywania przez Zamawiającego kosztów emisji, dystrybucji, czy rozliczeń związanych z realizacją bonów. Zgodnie z zapisami SIWZ oraz złożonymi przez Wykonawców ofertami cena ofertowa miała bowiem zawierać wszystkie koszty poniesione w celu należytego wykonania zamówienia, w tym koszty dostarczenia bonów do Zamawiającego (vide str. 15 SIWZ pkt 2).

13

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 07. 10. 2008 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał w całości zarzuty stawiane w proteście. Jednocześnie Odwołujący ponownie wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, przeprowadzenie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem uwag zawartych w proteście i niniejszym odwołaniu oraz dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego posiada on interes prawny, w tym interes majątkowy w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, jako że został bezprawnie pozbawiony realizacji zamówienia, a gdyby uwzględniono jego ofertę miałby możliwość realizacji zamówienia i przysporzenia majątkowego w kwocie wyższej niż we współpracy z Sodexho, co najmniej o wartość prowizji, którą potrącać będzie Sodexho.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Ponadto Odwołujący zaznaczył, iż jego zdaniem Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu nie ustosunkował się jasno, precyzyjnie i w pełni, do sformułowanych zarzutów protestu, podając wbrew ich literalnemu brzmieniu, jakoby protest był skierowany przeciwko treści SIWZ, przez co Odwołujący uchybił terminowi do jego złożenia. Odwołujący nie zgadza się z tym twierdzeniem, bowiem zarzut nieprzedstawienia przez Sodexho dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie mógł zostać sformułowany wcześniej niż po otwarciu ofert, co miało miejsce w dniu 05.08.2008r., gdyż dopiero wtedy Odwołujący uzyskał możliwość zapoznania się z ofertą i innymi dokumentami złożonymi przez Sodexho.

Odwołujący podniósł również, iż chybione jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym za przedwczesne należy uznać żądanie od Sodexho uchwały wspólników upoważniającej pełnomocnika spółki do dokonania czynności prawnej w postaci złożenia oferty i pozostałych czynności czy też umowy spółki zawierającej postanowienia, o których mowa w art. 230 KSH. Jak podkreśla Odwołujący treść oferty to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, o ile oferta złożona przez Wykonawcę uznana zostanie za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego żądanie, o jakim wyżej mowa, było jak najbardziej zasadne, a nie przedwczesne, zważywszy że jest to zobowiązanie Sodexho do zorganizowania całego systemu emisji i sprzedaży bonów o wartości 15. 981 280,00 zł oraz zarządzania ich obrotem i realizacją.

Stanowisko Zamawiającego, iż uchwała wspólników, o której mowa w art. 230 KSH jest niezbędna dopiero na etapie zawierania umowy, zdaniem Odwołującego jest nie do zaakceptowania. Bowiem przepis art. 230 KSH ma na celu ochronę majątku spółki przed nadmiernie ryzykownymi działaniami członków zarządu spółki, przez co zmierza nie tylko do

14

ochrony spółki, ale i jej wspólników, którzy wnosząc pewien kapitał jako udziałowcy podejmują ryzyko ekonomiczne. Konsekwencje działania zarządu spółki wbrew art. 230 KSH, zdaniem Odwołującego mogą uderzyć także w kontrahentów spółki, a nie można mieć 100% pewności, że w każdym przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, wspólnicy Sodexho (czy innej spółki) podejmą uchwałę zezwalającą na dokonanie czynności (zawarcie umowy) do wartości świadczenia 2-krotnie przewyższającego wysokość kapitału zakładowego.

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (w Sekcji III.2.1) jak i w SIWZ (pkt. XI ppkt.2/zdanie 2-gie), zażądał celem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jako bezwzględnie wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że Wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy. Tym samym, zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wzywając Sodexho do złożenia oświadczenia i dokumentów, które były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a to uniemożliwiło mu weryfikację spełnienia przez Sodexho warunków udziału w postępowaniu. Również w sytuacji niezłożenia przez Sodexho w aktach rejestru przedsiębiorców kompletnych dokumentów określonych w przepisach ustawy o rachunkowości, w opinii Odwołującego Zamawiający powinien był wykorzystać tryb wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z czym nie może się ostać twierdzenie Zamawiającego, że nie był uprawniony do żądania oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów, których sam zażądał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Bowiem w przypadku zamówień sektorowych Zamawiający uprawniony jest na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do żądania przedstawienia także innych dokumentów niż określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Odwołujący podnosi dodatkowy argument, iż Sodexho oświadczając, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, że jako podmiot składający ofertę nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy, złożyło w tym zakresie, nieprawdziwą informację, naruszając art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, co w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp uzasadnia wykluczenie Sodexho z postępowania jako wykonawcę przedmiotu zamówienia. Wskazując jednocześnie na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UPZP 163/08), w którym skład orzekający KIO stwierdził, iż nawet brak żądania takich dokumentów przez Zamawiającego nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Wykonawcy muszą posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają

15

obowiązek posiadania takich uprawnień, a złożenie fałszywego oświadczenia w tym zakresie jest podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się natomiast od nieuwzględnienia zarzutu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ZNKU, Odwołujący podniósł, że argument iż ustawa Pzp statuuje zasadę równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie oraz zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza, że Zamawiający przeprowadzając niniejsze postępowanie zapewnił zachowanie uczciwej konkurencji. Wybór oferty Sodexho uszczupla bowiem dochody Odwołującego, co szczegółowo zostało przedstawione w proteście, m. in. poprzez utrudnienie Odwołującemu dostępu do rynku bonów żywnościowych, co spowoduje uszczerbek w dochodach Odwołującego poprzez zapłatę Sodexho prowizji oraz przez podjęcie czynności zmierzających do jej podwyższenia. Takie działanie Sodexho, zdaniem Odwołującego wypełnia przesłanki wymienione w art. 3 ZNKU, tym bardziej że Sodexho

realizuje zamówienie Zamawiającego, który nie spełnia warunków uznania go za średniego przedsiębiorcę w rozumieniu art. 105 ustawy z dnia 02. 07. 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

Skład orzekający Izby, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

1) Orzekając co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy „Sodexho” , którego oferta - zdaniem Odwołującego – „nie jest rzetelna i uczciwa a spółka ta nie złożyła wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających uprawnienie do wykonywania określonej działalności i czynności oraz nie złożyła oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wszystkich dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków” skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi m.in. okoliczność złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, zgodnie z 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia także wówczas, gdy nie złożył oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3.

Badanie wiarygodności wykonawców może się jedynie odbywać na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie

16

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp. Rozporządzenie to zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, w art. 25 ust. 1 zd. pierwsze ustawodawca wskazał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Zamawiający sektorowy może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

W ocenie składu orzekającego Izby twierdzenie Odwołującego, iż żądanie takich dokumentów potwierdzać ma, że wykonawca legitymuje się uprawnieniami do prowadzenie działalności nie zasługuje na uwzględnienie. Dokumenty te bowiem nie są dokumentami takimi jak zezwolenie, koncesja, licencja, uprawniające do prowadzenia określonej działalności, o czym stanowi art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp. Toteż wymaganie takiego dokumentu nie miało w cytowanym w ogłoszeniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, toteż żądanie takiego dokumentu na potwierdzenie wskazanego warunku jest bezcelowe.

Wskazując na uregulowania prawne w tym zakresie, skład orzekający Izby ustalił, że sekcji III ogłoszenia o zamówieniu (zostało ono opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 12 lipca 2008 r., nr 2008/S 134-180209) Zamawiający zawarł warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego oraz określił, jakie dokumenty wykonawca obowiązany jest załączyć do oferty w celu potwierdzenia spełniania tych warunków. Postanowienia, o takiej samej treści Zamawiający powtórzył w SIWZ. Skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie żądał w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, przedłożenia uchwały wspólników upoważniającej pełnomocnika spółki do dokonania czynności prawnej w postaci złożenia oferty i pozostałych czynności, ani też umowy spółki zawierającej postanowienia w tym zakresie. Zamawiający nie zawarł wymogu załączenia do oferty uchwały wspólników lub umowy spółki, o których mowa w art. 230 Kodeksu spółek handlowych.

Skład orzekający Izby uznał, że pomimo iż cena w ofercie spółki Sodexho przekracza dwukrotnie wysokość kapitału zakładowego i wykonawca ten nie załączył do oferty

uchwały lub umowy, o których mowa w art. 230 KSH, fakt ten pozostaje bez wpływu na ważność czynności złożenia oferty i nie może skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie. Jak słusznie Odwołujący podkreślił na rozprawie, oferta jest oświadczeniem woli, a więc czynnością jednostronną. Złożenie oferty

17

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania, wobec czego na tym etapie postępowania uchwała wspólników nie jest wymagana. Uchwała wspólników zawierająca zgodę na rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego jest niezbędna dopiero na etapie zaciągnięcia zobowiązania. Zaciągnięciem zobowiązania na gruncie obowiązujących przepisów prawa jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak słusznie wskazał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu sankcja wynikająca z art. 17 § 1 KSH nie odnosi się do oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Zarzut dotyczący złożenia przez Wykonawcę Sodexho w aktach rejestru przedsiębiorców dokumentów określonych w przepisach ustawy o rachunkowości tylko za okres od 01. 09. 1999 r. do 31. 08. 2000 r. skład orzekający Izby uznał za bezzasadny, ponieważ Zamawiający w prowadzonym postępowaniu, nie miał on obowiązku sprawdzania, czy Wykonawcałożył do akt rejestrowych dokumenty określone w przepisach ww. ustawy. Wystarczającym dla stwierdzenia spełniania warunku w zakresie sytuacji finansowej wykonawcy było złożenie przez Sodexho dokumentów żądanych w SIWZ, a dokumentem tym nie był i nie mógł być odpowiedni wpis w KRS.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji także art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp.

2) Nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrżucenie oferty złożonej przez Sodexho Pass Polska Sp. z o. o.

W szczególności, skład orzekający ustalił, iż oferta Wykonawcy Sodexho zawierała błąd pisarski polegający na wpisaniu błędnej nazwy miejscowości: „Przesieszyn” zamiast „Przecieszyn”.

Zamawiający w dniu 20.08.2008 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp poinformował Sodexho, iż dokonał poprawienia tej oczywistej omyłki pisarskiej. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż podany przez Wykonawcę kod pocztowy w/w miejscowości, jak i przynależność do gminy Brzeszcze w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazują, iż Wykonawca popełnił oczywistą omyłkę pisarską.

Poprawienie w/w/ omyłki było on obowiązkiem Zamawiającego o czym wprost stanowi art. 87 ust. 2 Pzp. Uchybienie Zamawiającego polegające na niedoinformowaniu pozostałych wykonawców o tym fakcie nie może obciążać wykonawcę Sodexho, jednak samo to uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania oraz prawa Odwołującego do obrony

18

swoich interesów, a tym samym również nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania.

Zamieszczony na s. 48 oferty Wykonawcy Sodexho Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub realizacji bonów żywieniowych lub bonów na posiłki profilaktyczne w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zawiera wszystkie niezbędne, wymagane przez Zamawiającego w SIWZ informacje. Podnoszony w odwołaniu zarzut w tym zakresie dotyczy w istocie niezgodności formy złożonego Wykazu z formularzem określonym przez Zamawiającego. Odmienność od wymaganego co do formy sposób prezentacji żądanych informacji nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Również zarzut dotyczący niekompletności dat wykonania przedmiotu zamówienia

w przedmiotowym wykazie jest bezzasadny - daty wykonania przedmiotu zamówienia zostały bowiem uzupełnione przez Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Oferta Sodexho zawierająca w załączniku nr 7 do SIWZ (str. 56 oferty) „Wykaz części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy”: „NIE DOTYCZY” nie jest z tego powodu sprzeczna z treścią SIWZ i nie może podlegać odrzuceniu. Zapis ten oznacza tyle tylko, że przedmiot zamówienia polegający w tym przypadku na dostawie bonów żywnościowych Sodexho wykona samodzielnie.

Zarzut, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Sodexho, mimo iż oferta w Wykazie punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych nie zawierała pełnej nazwy i dokładnego adresu (s. 58 oferty) nie jest zasadny.

Przedstawiony w ofercie tego Wykonawcy wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zawiera niezbędne informacje, wymagane przez Zamawiającego w załączniku nr 6 SIWZ. Ponadto, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym pomylek w adresach lub nazw placówek i Wykonawca udzielił w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień.

Niezasadnym okazał się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sodexho z powodu niespełniania wymogów określonych w treści SIWZ przez wzory bonów żywieniowych zamieszczone na str. 60 oferty Wykonawcy Sodexho oraz brak wzoru bonu o wartości

19

nominalnej 10,36 zł. Zamawiający w dniu 20.08.2008 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Sodexho do uzupełnienia oferty w zakresie wzorów kuponów żywieniowych, a Wykonawca ten, w dniu 25.08.2008 r., uzupełnił powyższe dokumenty, w sposób spełniający wymagania Zamawiającego. Należy zważyć, iż wyrazy: „bon”, „kupon”, „talon” są synonimami, dlatego użycie we wzorach określenia „kupon” nie dyskwalifikuje oferty.

Chybiony jest zarzut, że w ofercie Wykonawcy Sodexho brak jest oświadczenia, że zapoznał się z SIWZ oraz akceptuje warunki realizacji określone przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca Sodexho Pass Polska Sp. z o. o. w formularzu ofertowym w złożonej ofercie na str. 3 w pkt 6) lit. a) i b) oświadczył, że zapoznał się z SIWZ oraz akceptuje warunki realizacji określone przez Zamawiającego w SIWZ bez zastrzeżeń, a także że przyjmuje bez zastrzeżeń istotne postanowienia umowy określone w załączniku nr 4 SIWZ, które wprowadzone zostaną do umowy.

3) Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 oraz art. 58 § 1 i 2 KC, a także złożenia przez Sodexho oferty naruszającej przepisy art. 3 UZNK, skład orzekający ustalił i zważył.

Zarzut dotyczący sprzeczności określonego w SIWZ sposobu realizacji zamówienia z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, jest spóźniony i jako takiego zarzutu tego Izba nie rozpatrywała, w myśl art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp. Protest na podniesiony zarzut na postanowienia SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12.07.2008 r. mógł być wniesiony w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Sodexho art. 3 UZNK, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa Pzp statuuje natomiast zasadę równego traktowania ubiegających się o zamówienie, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

W szczególności, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji wskazanie przez Sodexho w złożonej ofercie Odwołującego jako podmiotu, w którego placówkach

handlowych i gastronomicznych pracownicy Zamawiającego mieliby realizować bony (kupony), w sytuacji, gdy Odwołujący również złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu

20

o zamówienie.

Wykonawców tych wiąże bowiem umowa w z dnia 08.11.2001 r. (aneksowana), w której Odwołujący zobowiązał się do akceptowania kuponów emitowanych przez Sodexho. Odwołujący podpisując umowę handlową, na mocy której Sodexho może oferować bony z realizacją w placówkach Odwołującego musiał być świadomy i godzić się, że podmioty te spotkają się na rynku nie tylko jako podmioty współpracujące, ale i konkurujące. Umowa ta wraz z aneksami nie zawiera postanowień świadczących o zakazie konkurencji w tym zakresie pomiędzy tymi podmiotami. Słusznie też zaznaczył, Zamawiający, że Odwołujący mógł o ile umowa ta rzeczywiście naruszyć jego interes wypowiedzieć ją Sodexho.

W świetle powyższego, bezpodstawny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu związanego z brakiem określenia w KRS Sodexho w rodzaju prowadzonej działalności, działalności będącej przedmiotem zamówienia stwierdzić należy, że powyższe nie jest wymagane w związku z zasadą swobody działalności gospodarczej. Obowiązujące przepisy Pzp również nie ustalają w tym zakresie szczególnych wymogów.

Skład orzekający Izby, uwzględniając przedstawioną argumentację i ustalenie prawidłowości działania Zamawiającego, nie znalazł też podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W świetle braku potwierdzenia się przywoływanych zarzutów Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

21

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) 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*

22