

Sygn. akt: KIO/UZP 493/09

KIO/UZP 500/09

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu/~~w dniach~~ **28 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **22 kwietnia 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13 (lider konsorcjum); Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki z siedzibą w Gliwicach, 44-121 Gliwice, ul. Czwartaków 18; Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Gastronomiczna” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Kłodnicka 54A; Elżbieta Kasprzyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DARTEX” Elżbieta Kasprzyk z siedzibą w Sosnowcu, 41-221 Sosnowiec, ul. Ks.F.Blachnickiego 3 (sygn. akt: KIO/UZP 493/09);

B. wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „URASOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Tunkla 116, 41-707 Ruda Śląska (sygn. akt: KIO/UZP 500/09);

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestów:

A. konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13 (lider konsorcjum); Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwiczki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwiczki z siedzibą w Gliwicach, 44-121 Gliwice, ul. Czwartaków 18; Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Gastronomiczna” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Kłodnicka 54A; Elżbieta Kasprzyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DARTEX” Elżbieta Kasprzyk z siedzibą w Sosnowcu, 41-221 Sosnowiec, ul. Ks.F.Blachnickiego 3 ,

B. wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „URASOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Tunkla 116, 41-707 Ruda Śląska,

przy udziale wykonawcy **Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-699 Warszawa, ul. Kłobucka 25** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 493/09 i KIO/UZP 500/09 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala obydwie odwołania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża:**

A. konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13 (lider konsorcjum); Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwiczki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwiczki z siedzibą w Gliwicach, 44-121 Gliwice, ul. Czwartaków 18; Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Gastronomiczna” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Kłodnicka 54A; Elżbieta Kasprzyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DARTEX” Elżbieta Kasprzyk z siedzibą w Sosnowcu, 41-221 Sosnowiec, ul. Ks.F.Blachnickiego 3 ,

B. wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „URASOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Tunkla 116, 41-707 Ruda Śląska,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13 (lider konsorcjum); Alicja Jaśkiewicz, Ryszard Śliwicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki z siedzibą w Gliwicach, 44-121 Gliwice, ul. Czwartaków 18; Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Gastronomiczna” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Kłodnicka 54A; Elżbieta Kasprzyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DARTEX” Elżbieta Kasprzyk z siedzibą w Sosnowcu, 41-221 Sosnowiec, ul. Ks.F.Blachnickiego 3,**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „URASOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Tunkla 116, 41-707 Ruda Śląska,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13 (lider konsorcjum); Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki z siedzibą w Gliwicach, 44-121 Gliwice, ul. Czwartaków 18; Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Gastronomiczna” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska,**

ul. Kłodnicka 54A; Elżbieta Kasprzyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DARTEX” Elżbieta Kasprzyk z siedzibą w Sosnowcu, 41-221 Sosnowiec, ul. Ks.F.Blachnickiego 3,

- B** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „URASOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Tunkla 116, 41-707 Ruda Śląska.**

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Pokój”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 października 2008 r., nr 2008/S 193-255549.

sygn. akt KIO/UZP 493/09

Zamawiający w dniu 19 marca 2009 r. (pismem z dnia 18 marca 2009 r.) poinformował Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Alicji Jaśkiewicz i Ryszarda Śliwickiego prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Uslugowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki z siedzibą w Gliwicach, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Gastronomiczna” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Elżbiety Kasprzyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DARTEX” Elżbieta Kasprzyk z siedzibą w Sosnowcu, zwane dalej „Odwołującym” o wybrze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Sodexho”.

Pismem z dnia 26 marca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 27 marca 2009 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż:

1. wyboru oferty wykonawcy Sodexho dokonano z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 i art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez:
 - a) zastosowanie przez Zamawiającego pojęcia ceny, które nie mieści się w rozumieniu pojęcia ceny określonego w przepisach ustawy Pzp,
 - b) dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej bez zastosowania kryterium ceny w rozumieniu przepisów ustawy Pzp,
2. wyboru oferty wykonawcy Sodexho dokonano z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 2 i 13 ustawy Pzp, ponieważ przedmiotem wybranej oferty są świadczenia, które nie mogą być uznane za dostawy, usługi ani roboty budowlane w rozumieniu ustawy Pzp, a co za tym idzie, zamówienie zostaje udzielone na świadczenia, które nie mogą być przedmiotem zamówienia publicznego,
3. wyboru oferty wykonawcy Sodexho dokonano z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ustawy Pzp, ponieważ wybrana oferta, wbrew obowiązkowi wynikającemu z postanowień SIWZ, nie zawiera załącznika nr 7, obejmującego wykaz części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom,
4. wyboru oferty wykonawcy Sodexho dokonano z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 26 ustawy Pzp, ponieważ wybrana oferta, wbrew obowiązkowi wynikającemu z postanowień SIWZ, nie zawiera sprawozdań finansowych wykonawcy, które byłyby sporządzone w sposób wiarygodny i zgodny z przepisami ustawy o rachunkowości, a co za tym idzie, nie daje podstaw do zasadnego ustalenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,
5. wyboru oferty wykonawcy Sodexho dokonano z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 i art. 26 ustawy Pzp, ponieważ wybrana oferta, wbrew obowiązkowi wynikającemu z przepisów ustawy Pzp oraz z postanowień SIWZ, nie zawiera odpisu z KRS wykonawcy, w którym ujawniony byłby fakt prowadzenia przez wykonawcę działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług gastronomicznych, a co za tym idzie, oferta nie daje podstaw do ustalenia, że wykonawca wykonuje działalność objętą przedmiotem zamówienia oraz, że posiada niezbędne doświadczenie w tym zakresie,
6. wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 i 26 ustawy Pzp oraz z postanowień SIWZ, nie wykluczono z postępowania wykonawcy

URASOL, pomimo, iż nie przedstawił on w załączniku nr 3 do oferty (wykaz wykonanych dostaw bonów żywnościowych) żadnej dostawy bonów żywnościowych, a jedynie usługi w zakresie realizacji posiłków, jak również nie przedstawił żadnych dokumentów, które potwierdzałyby, że wykonawca wykonał należycie jakiegokolwiek dostawy bonów żywnościowych,

7. wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie wykluczono z postępowania wykonawcy URASOL, pomimo, iż wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, tj. w załączniku nr 7, poz. 1 wskazał jako swego podwykonawcę Alicję Juśkiewicz i Ryszarda Siwickiego prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy ALT s.c. Alicja Juśkiewicz i Ryszard Siwicki z siedzibą w Gliwicach, pomimo że ta spółka, ani też żaden ze wspólników spółki, podwykonawcą URASOL nie jest.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie dotychczasowych czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

ewentualnie o:

3. unieważnienie dotychczasowych czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. wykluczenie z postępowania wykonawcy Sodexo i odrzucenie oferty tego wykonawcy,
5. wykluczenie z postępowania wykonawcy URASOL i odrzucenie oferty tego wykonawcy,

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż zarzut braku ceny w ofercie wykonawcy Sodexo sprowadza się do tego, iż wykonawca ten nie wskazał żadnej ceny w takim rozumieniu jakie się mieści w pojęciu ceny stosowanym przez przepisy ustawy Pzp. Tym samym każdy z wykonawców złożył ofertę z taką samą ceną, co spowodowało, iż kryterium ceny nie znalazło zastosowania w tym postępowaniu.

Nadto dodał, iż zarzut braku przedmiotu zamówienia w kwestionowanej ofercie sprowadza się do tego, iż zaoferowany przez wykonawcę Sodexo przedmiot zamówienia nie mieści się w pojęciu przedmiotu zamówienia znajdującego zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, a co oznacza, iż przedmiotem dostawy nie mogą być bony żywnościowe, lecz jedynie posiłki profilaktyczne dla pracowników.

Podniósł także, iż wykonawca Sodexo nie posiada własnych punktów handlowych ani gastronomicznych, natomiast może nimi dysponować na podstawie umów cywilnoprawnych z właścicielami tych punktów. Oznacza to, iż realizacja bonów przez tego

wykonawcę nastąpi wyłącznie przy pomocy podwykonawców, dlatego też zobowiązany on był wypełnić załącznik nr 7, czego nie uczynił.

Odwołujący zarzucił wykonawcy URASOL, że ze skreślenia w załączniku nr 3 złożonym przez tego wykonawcę wyrazu „dostaw” i wpisanie wyrazu „realizacji” oznacza, iż nigdy nie dostarczał on nikomu żadnych bonów żywieniowych, a jedynie realizował tego rodzaju bony. Tym samym powinien być wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Nadto wykonawca URASOL w załączniku nr 7, pozycja 1 wskazał jako swego podwykonawcę Alicję Jaśkiewicz i Ryszarda Śliwickiego prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy „ALT” s.c. Alicja Jaśkiewicz i Ryszard Śliwicki z siedzibą w Gliwicach, zwany dalej „ALT”, pomimo iż ta spółka, ani żaden z jej wspólników jego podwykonawcą nie jest, podając nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Pismem z dnia 27 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca Sodexho otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 30 marca 2009 r. wykonawca Sodexho przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie).

Pismem z dnia 7 kwietnia 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 8 kwietnia 2009 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest w sposób następujący:

1. W zakresie zarzutu z pkt 1 i 2 odrzucił protest, gdyż – jego zdaniem – zarzuty te dotyczą treści ogłoszenia i postanowień SIWZ.
2. W zakresie zarzutu z pkt 3 oddalił protest, podnosząc iż wskazania przez wykonawcę tych części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom żądał jedynie w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Brak załącznika nr 7, dotyczącego udziału podwykonawców oznacza jedynie, iż wykonawca przedmiot zamówienia wykona samodzielnie.
3. W zakresie zarzutu z pkt 4 oddalił protest jako bezzasadny, wskazując iż wykonawca Sodexho przedłożył wymagany przez Zamawiającego rachunek zysków i strat, a nieuprawnionym jest żądanie od tego wykonawcy sprawozdania finansowego.
4. W zakresie zarzutu z pkt 5 i 6 oddalił protest jako bezzasadny, podnosząc iż brak oznaczenia w ewidencji działalności gospodarczej lub rejestrze przedmiotu działalności, którego dotyczy postępowanie, nie stoi na przeszkodzie wzięcia udziału w postępowaniu i udzielenia zamówienia.

5. W zakresie zarzutu z pkt 7 uwzględnił protest, podkreślając iż wezwie wykonawcę URASOL, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia stosownych wyjaśnień.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 17 kwietnia 2009r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 16 kwietnia 2009 r.

Odwołujący podtrzymał zarzuty, jednocześnie rezygnując z zarzutów wskazanych w pkt 4 i 5 protestu.

Nadto Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców URASOL i Sodexho,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców URASOL i Sodexho,
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Nadto wniósł o przesłuchanie w charakterze świadków osób wskazanych w odwołaniu.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 kwietnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sodexho przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

sygn. akt KIO/UZP 500/09

Zamawiający w dniu 19 marca 2009 r. (pismem z dnia 18 marca 2009 r.) poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „URASOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sodexho.

Pismem z dnia 26 marca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 27 marca 2009 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Sodexho,
3. braku odrzucenia z przedmiotowego postępowania oferty wykonawcy Sodexho.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sodexho z udziału w postępowaniu, ze względu na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków określonych w SIWZ,
3. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Sodexho wykluczonego z udziału w postępowaniu za odrzuconą, pomimo zaistnienia ustawowych przesłanek do tej czynności,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sodexho, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sodexho, pomimo że jej treść narusza reguły uczciwej konkurencji,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Sodexho podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
2. dokonanie ponownej oceny ofert w tym oferty Odwołującego zgodnie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wszystkich wykonawców,
3. wykluczenie wykonawcy Sodexho z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
4. odrzucenie oferty wykonawcy Sodexho z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zaproszenie go do podpisania umowy.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca Sodexho nie złożył oferty zgodnej z wymogami SIWZ (pkt VII), gdyż nie podał w jakim zakresie powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcom, a taka konieczność istnieje w odniesieniu do powierzenia realizacji bonów i serwowania posiłków podwykonawcom, skorzystania z drukarni w celu wydrukowania niezbędnej ilości bonów. Brak wypełnienia tego załącznika nr 7 wskazywałby na to, iż ów wykonawca sam zrealizuje zamówienia, a co jest niemożliwe ze względu na jego przedmiot i konieczność skorzystania z podwykonawców we wskazanym wyżej zakresie.

Wątpliwości budzą także placówki wskazane przez wykonawcę Sodexho w załączonym przez tego wykonawcę wykazie placówek

Tak więc podał on nieprawdziwe informacje, które winny skutkować jego wykluczeniem na podstawie art., 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca Sodexho otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 2 kwietnia 2009 r. wykonawca Sodexho przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w dniu 3 kwietnia 2009 r.).

Pismem z dnia 7 kwietnia 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest w sposób następujący:

1. W zakresie zarzutu I oddalił protest, podnosząc iż wskazania przez wykonawcę tych części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom żądał jedynie w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Brak załącznika nr 7, dotyczącego udziału podwykonawców oznacza jedynie, iż wykonawca przedmiot zamówienia wykona samodzielnie.
2. W zakresie zarzutu II, tj. podania nieprawdziwych informacji oddalił protest. Przyjął wyjaśnienia wykonawcy Sodexho we wskazanym przez Odwołującego zakresie, które zweryfikuje podczas ponownego badania ofert.
3. W zakresie żądania wykluczenia wykonawcy Sodexho z przedmiotowego postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oddała przedmiotowe żądania.
4. Uznał żądanie Zamawiającego dokonania ponownej oceny i badania ofert.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 20 kwietnia 2009r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 16 kwietnia 2009 r.

Odwołujący podtrzymał zarzuty poniesione w proteście, rozszerzając je dodatkowo o zarzut naruszenia art. 86 k.c. poprzez jego niezastosowanie.

Jednocześnie Odwołujący, podtrzymując dotychczasowe wnioski, wniósł o nakazanie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika .

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 kwietnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sodexho przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 4 października 2008 r., tj. przed datą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Niemniej jednak, zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy Pzp oraz faktem złożenia protestów w niniejszej sprawie w dniu 26 i 27 marca 2009 r., a więc po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych, skład orzekający Izby rozstrzygnął niniejszą sprawę stosując przepisy działu VI ustawy w brzmieniu ustalonym przez przepisy wskazanej ustawy.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań wniesionych przez obydwu Odwołujących, z przyczyn podniesionych przez Zamawiającego na posiedzeniu, tj. z uwagi na to, iż nie przedłużono okresu związania ofertą. Oferty obydwu Odwołujących – zdaniem Zamawiającego - nie są związane ofertą, mimo iż w jego posiadaniu znajdują się wadia złożone przez tych wykonawców. W oparciu o powyższe Izba uznała, iż rozstrzygnięcie o związaniu ofertą przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu wykracza poza kognicję Izby w niniejszej sprawie. Niemniej jednak Izba stwierdziła, iż wykonawcy nadal są uczestnikami niniejszego postępowania, gdyż nie zostali z niego skutecznie wykluczeni, jak również oferty ich nie zostały odrzucone.

sygn. akt KIO/UZP 493/09

Zarzut 1 odwołania, dotyczący interpretacji pojęcia ceny oraz zarzut 2 odwołania, dotyczący opisu przedmiotu zamówienia (rodzaju zamówienia, który w niniejszej sprawie – zdaniem Odwołującego - powinien być zastosowany) są w istocie zarzutami dotyczącymi treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ, tak więc winny być podniesione – zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp - w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Tym samym - jak słusznie podniósł Zamawiający - podlegają one odrzuceniu jako złożone po upływie terminu na ich wniesienie.

Zarzuty 4 i 5 odwołania podniesione pod adresem wykonawcy URASOL zostały przez Zamawiającego uwzględnione, tym samym zarzuty Odwołującego wniesione w tym zakresie są przedwczesne. Zamawiający zadeklarował bowiem w rozstrzygnięciu protestu, iż wezwie wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, a – zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp – Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Tak więc Zamawiający prawidłowo uczynił uwzględniając protest w tym zakresie i zapowiadając dokonanie wskazanych w proteście czynności po jego ostatecznym rozstrzygnięciu.

sygn. akt KIO/UZP 493/09 i KIO/UZP 500/09

Zarzut 3 odwołania, jest zarzutem wspólnym, występującym w obydwu odwołaniach (sygn. akt KIO/UZP 493/09 i KIO/UZP 500/09) i dotyczy niezłożenia wymaganego przez Zamawiającego załącznika nr 7 do SIWZ, a obejmującego wykaz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, mimo iż był on bezwzględnie wymagany, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie XII ust. 3 SIWZ zamieścił postanowienie, iż w celu potwierdzenia warunku opisanego w pkt X ust. 1 wymaga przedłożenia „wykazu części zamówienia, którą wykonawca powierzy podwykonawcom, a także zakres wykonywanych przez nich czynności – zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ”. Z treści przedmiotowego załącznika wynika, iż należało w nim wskazać część zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy ze wskazaniem jego nazwy, siedziby i adresu.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż do złożenia załącznika nr 7 „Wykaz części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom” zobowiązany był tylko ten wykonawca, który faktycznie zamierzał powierzyć realizację części zamówienia

podwykonawcom. Tym samym wykonawca, który nie zamierzał powierzyć części zamówienia podwykonawcom nie był zobowiązany do złożenia tego dokumentu. Dokumentu tego nie złożył wykonawca Sodexho, gdyż – jak oświadczył w przystąpieniu do protestu i odwołania oraz na rozprawie – przedmiot zamówienia zrealizuje samodzielnie.

Niemniej jednak nie można się zgodzić z argumentacją Odwołującego, który podkreślił w proteście i odwołaniu, iż wszyscy przedsiębiorcy prowadzący punkty handlowe i gastronomiczne, w których mają być realizowane bony żywieniowe, powinni być wykazani w załączniku nr 7. Należy bowiem rozróżnić załącznik nr 6, w którym wykonawcy zobowiązani byli wskazać punkty handlowe i gastronomiczne, którymi dysponują, i w których będą realizowane bony żywieniowe, stanowiące przedmiot zamówienia od załącznika nr 7, w którym należało wskazać podwykonawców, a więc podmioty realizujące część zamówienia. Skoro więc przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych oraz zapewnienie ich realizacji w punktach handlowych i gastronomicznych, a nie świadczenie usług handlowych i gastronomicznych, oznacza to, iż podwykonawcą nie będzie podmiot, w którego punkcie będzie można je zrealizować. Podmiot taki zobowiązany jest bowiem do świadczenia usług handlowych i gastronomicznych, na podstawie umów, zawieranych przez danego wykonawcę z osobą reprezentującą poszczególne punkty. Wykonawca zobowiązany jest przecież do dostarczenia określonej ilości bonów żywieniowych i zapewnienia możliwości ich realizacji we wskazanych przez siebie punktach (załącznik nr 6 do SIWZ), przy czym nie oznacza to, iż wykonawca ma być właścicielem lub posiadaczem punktu, w którym będzie można zrealizować bon żywieniowy. Każdy ze wskazanych załączników miał spełnić inne cele, a załącznik nr 7 nie stanowi powielenia załącznika nr 6. Tym samym punkt handlowy i gastronomiczny, w ramach tego konkretnego zamówienia, nie spełnia roli podwykonawcy, a jedynie samodzielnego podmiotu świadczącego określone usługi na rzecz osób posiadających bony żywieniowe.

Reasumując brak jest podstaw do uznania, iż brak w ofercie Odwołującego załącznika nr 7, stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

sygn. akt KIO/UZP 500/09

Odnosząc się do zarzutu wskazania w załączniku nr 6 wykazu punktów handlowych i gastronomicznych, w pozycjach nr 40, 41 i 42 tej samej placówki handlowej Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie XII ustęp 2 SIWZ (s. 3) wymagał przedłożenia „szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje wykonawca na terenie województwa śląskiego, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki – zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ”. W przedmiotowym załączniku należało

wskazać nazwę miejscowości, punkt handlowy oraz punkt gastronomiczny z pełną nazwą i dokładnym adresem.

Wykonawca Sodexho, w załączeniu do złożonej oferty, przedłożył załącznik nr 6, zawierający wykaz punktów handlowych i gastronomicznych w liczbie 66, w którym możliwe będzie zrealizowanie bonów żywieniowych, będących przedmiotem niniejszego zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca w złożonym wykazie pod pozycjami nr 40, nr 41 i nr 42 wskazał trzy placówki, podczas gdy jest to tylko jedna placówka, co potwierdził także Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez tego Odwołującego.

Istotnie pod kwestionowanymi pozycjami znajduje się ten sam adres sklepu, gdyż - jak wyjaśnił Przystępujący Sodexho - przez pomyłkę doszło do wskazania trzech punktów zamiast jednego. Niemniej jednak Izba ustaliła, iż pominięcie kwestionowanych pozycji spowoduje jedynie, iż w ofercie wykonawcy Sodexho zamiast 66 punktów, wskazane będą 63 punkty. Jego oferta nadal jednak będzie zawierać największą ilość wykazanych punktów i liczba tych punktów (handlowych i gastronomicznych) nadal zawierać będzie większą liczbę punktów niż wykaz wskazany w ofercie złożonej przez Odwołującego. Tym samym błąd ten nie ma i, z uwagi na to, iż wykonawca Sodexho przedstawił większą liczbę punktów handlowych i gastronomicznych niż odwołujący URASOL (sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert), nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 86 k.c. poprzez jego niezastosowanie nie może zostać przez Izbę rozpatrzony, gdyż jest to zarzut nowy, który pojawił się dopiero na etapie postępowania odwoławczego i nie był poprzedzony protestem, natomiast Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych w obydwu odwołaniach

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*