

WYROK
z dnia 19 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę

Chèque Déjeuner Sp. z o.o. ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale wykonawcy **Sodexo Motivation Polska Sp. z o.o. ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Chèque Déjeuner Sp. z o.o. ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Chèque Déjeuner Sp. z o.o. ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Knurów-Szczygłowice” w okresie 12 miesięcy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 25 lutego 2012 r. pod numerem 2012/S 39-063539, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4 czerwca 2012 r. odwołujący – Chèque Déjeuner Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 91 ust. 1, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

1. zaniechanie odrzucenia i dokonanie wyboru oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o., która polega odrzuceniu,
2. dopuszczenie do zmiany treści oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. po terminie składania ofert i zaniechanie odrzucenia takiej oferty,
3. ocenę oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. z uwzględnieniem treści, które nie stanowiły jej treści w chwili złożenia oferty i zaniechanie jej odrzucenia, ewentualnie dokonanie wyboru oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. pomimo, że w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert powinna zostać wybrana oferta odwołującego;
4. ewentualnie: dopuszczenie do uzupełnienia dokumentów i ich akceptację, pomimo że zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentów i dopuszczenie do uzupełnienia dokumentów i ich akceptację, pomimo że dokumenty te nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu ani spełniania przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. oraz

pytań, wyjaśnień i uzupełnień do niej, a także informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,

2. uwzględnienie odwołania,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. i dokonania wyboru oferty odwołującego,
5. zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidziano dwa kryteria oceny ofert: cena brutto – waga 30% oraz łączna ilość punktów handlowych i gastronomicznych ogółem w miejscowości Knurów – waga 70%. Ponieważ przepisy nie pozwalają na oferowanie bonów poniżej ich ceny nominalnej, jedynym realnym kryterium była ilość punktów handlowych i gastronomicznych. W punkcie VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w punkcie VIII zaś dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W punkcie IX zamawiający określił dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do specyfikacji (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) – wymagał w nim, aby dołączyć do oferty wykaz punktów handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe. Wykaz ten miał być złożony wg wzoru, który stanowił załącznik nr 7 do specyfikacji. Dodatkowo w załączniku nr 7 zamawiający zapisał kolejne wymaganie, tj. wymóg, aby do wykazu dołączyć oświadczenia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do specyfikacji) podmiotów trzecich (placówek handlowych/gastronomicznych) lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania zamówienia pod nazwą „dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddziału KWK Knurów-Szczygłowice w okresie 12 miesięcy”.

Z powyżej przywołanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że dla każdej placówki handlowej lub gastronomicznej, w której zostanie zaoferowana realizacja dostarczanych bonów, wykonawca w ofercie miał przedstawić oświadczenie podmiotów trzecich (placówek handlowych/gastronomicznych) lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie (placówki) będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. zaoferował realizację bonów w 107 placówkach, ale w 60 przypadkach nie załączył przedmiotowych oświadczeń, a jedynie umowy zawarte z placówkami w latach 1999–2012 r.

Pismem z 12 kwietnia 2012 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień wskazując, że w przypadku niektórych placówek złożono jedynie umowy, podczas gdy wymagał on dołączenia do wykazu (oferty) oświadczeń podmiotów trzecich (placówek handlowych/gastronomicznych) lub innych dokumentów potwierdzających, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania zamówienia pod ww. nazwą. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r. sygn. akt 2717/2011, w którym stwierdzono, że kopie umów zawartych z placówkami przez wykonawcę w okresie poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu nie zawsze są dowodem, że podmioty, z którymi zostały zawarte, zamierzają w dalszym ciągu wykonywać swoją działalność w okresie spełniania świadczenia, a wprost przeciwnie, placówki te mogły zaprzestać działalności bądź wypowiedziały umowę albo mogły zostać przeniesione pod inny adres. Zamawiający zwrócił też uwagę na to, że z załączonych kopii umów nie wynika, że podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe emitowane przez wykonawcę w okresie przedmiotowego zamówienia. W ten sposób zamawiający potwierdził wynikający ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg załączenia do oferty dokumentu, z którego będzie wynikać, iż placówki będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na pismo Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o., pismem z 20 kwietnia 2012 r. przedłożył większość brakujących oświadczeń, z wyjątkiem oświadczeń dla czterech pozycji.

Zamawiający zaakceptował przedłożone dokumenty i dokonał wyboru oferty Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. Działanie to narusza art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenia, że placówki będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia, precyzują zakres świadczenia i stanowią element oferty wykonawcy, nie są to zaś dokumenty wymienione w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niedopuszczalna jest zmiana treści oferty, a tym samym uzupełnianie przedmiotowych dokumentów (oświadczeń), uzupełniane mogą być jedynie dokumenty określone w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i pełnomocnictwa. Oświadczenia, których wymagał zamawiający, nie stanowią dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż dokumenty te zostały określone w punktach VII–IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie wymieniono w nich oświadczeń, że placówki będą realizować bony żywieniowe w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Wymagane oświadczenia stanowią istotną część oferty, gdyż odnoszą się ściśle do kryterium oceny ofert i miały kluczowe znaczenie dla przygotowania i oceny ofert. Przy braku takiego wymogu można by się obawiać, że wykonawcy dążąc do wygrania przetargu zamieszczą w wykazie placówek takie punkty handlowe lub gastronomiczne, które nie realizują bonów (np. na skutek niezawarcia lub rozwiązania umowy czy likwidacji punktu). Dopuszczenie do tego, aby możliwe było uzupełnianie przedmiotowych oświadczeń po terminie składania ofert, przekreśla sens ich przedkładania i pozwala na działania, które naruszają uczciwą konkurencję. Dopuszczenie do późniejszego przedkładania tych dokumentów pozwala na składanie ofert, których zakres świadczenia jest nieokreślony na dzień składania ofert i których wiarygodność nie jest zweryfikowana, a ich uzupełnianie – na tworzenie ostatecznej treści oferty po terminie składania ofert, co jest równoznaczne ze zmianą treści ofert. Jest też krzywdzące dla wykonawców, którzy swoje działania dostosowali do treści specyfikacji i w swojej ofercie uwzględnili tylko te placówki, co do których uzyskali wymagane oświadczenia i złożyli je wraz z ofertą. Wybrany wykonawca miał więcej czasu na pozyskiwanie oświadczeń od właścicieli placówek, a tym samym mógł ich pozyskać więcej. Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. istotną część swojej oferty sporządził dopiero po terminie składania ofert i po zapoznaniu się z treścią oferty odwołującego, co stawiało go w uprzywilejowanej pozycji.

Zamawiający wymagał oświadczeń lub innych dokumentów potwierdzających, że placówki będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Za dokumenty takie nie można uznać umów, które przedłożył wraz z ofertą Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o., gdyż umowy te nie zobowiązują właścicieli placówek do akceptacji bonów w okresie wykonywania zamówienia. W szczególności umowy te mogą zostać wypowiedziane, a nawet mogły być rozwiązane jeszcze przed ogłoszeniem przetargu, na co zwrócił uwagę zamawiający w piśmie z 12 kwietnia 2012 r.

W niniejszej sprawie doprecyzowaniem sposobu świadczenia było wskazanie placówek akceptujących bony, tym samym oświadczenia, że placówki te będą realizowały bony, stanowiły merytoryczny element oferty.

Nawet jednak jeśli dopuszczalne miałyby być uzupełnianie przedmiotowych oświadczeń, zaistniały stan faktyczny i tak należałoby zakwalifikować jako zmianę treści oferty, gdyż Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. nie uzupełnił wszystkich dokumentów, a tym samym oferuje realizację bonów w mniejszej liczbie placówek niż by to wynikało ze złożonej oferty, co jest równoznaczne z nieuprawnioną zmianą treści oferty.

Odwołujący wskazał też, iż z orzecznictwa wynika, że uzupełnianie dokumentów nie może oddziaływać na ranking wykonawców, a więc też dotyczyć kryteriów oceny ofert, gdyż prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców, w szczególności uprzywilejowanie wykonawców, którzy mając możliwość uzupełnienia dokumentów uzupełnialiby je tak, aby wyprzedzić wykonawców, którzy złożyli oferty kompletne.

Oferta Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako nieodpowiadająca treści specyfikacji lub też jako niezgodna z ustawą w wyniku dokonania zmiany jej treści. Względnie, placówki, co do których uzupełniono oświadczenia, nie powinny zostać uwzględnione przy ocenie ofert w świetle przyjętych kryteriów, a oferta powinna zostać oceniona w kształcie takim, w jakim została złożona.

Odwołujący wskazał też, że nawet w przypadku, gdyby oświadczenia zakwalifikować jako uzupełnialne, to, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzupełniane dokumenty powinny potwierdzać spełnianie wymagań nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tymczasem przedłożone w uzupełnieniu oświadczenia są datowane na okres przypadający po dniu składania ofert, zatem ich uzupełnienie w żadnym razie nie może być uznane za skuteczne.

Poza tym zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów, natomiast samodzielne uzupełnianie dokumentów nie jest przewidziane w przepisach i tym samym nie jest dopuszczalne.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o jego oddalenie. Wskazał na punkt IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który odnosi się do dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Został tam wskazany wzór bonu oraz wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe. Wzór tego wykazu stanowił załącznik nr 7 do specyfikacji, w treści którego zawarto polecenie, aby dołączyć oświadczenia placówek handlowych i gastronomicznych lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty te będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania zamówienia. Zatem wykazy oraz oświadczenia (inne dokumenty) należy traktować jako całość. Zamawiający przywołał też punkt 3. i 6. załącznika nr 1 do specyfikacji (opisu przedmiotu zamówienia), w których zostały zawarte wymagania co do placówek oraz co do bonów.

Zamawiający zgodził się z odwołującym, iż same umowy nie stanowią takiego potwierdzenia, jakiego wymagał i zdaje sobie sprawę, że jest to wymóg uciążliwy dla wykonawców, ale wynika on z doświadczenia zamawiającego związanego z przedstawianymi mu w poprzednich postępowaniach nieaktualnymi listami placówek. Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia, lecz wyjaśnienia przedmiotowych dokumentów. W ramach tych wyjaśnień przystępujący wyjaśnił, że umowy stanowiły wymagane zobowiązanie do realizacji zamówienia, a oświadczenia dołączył tylko na potwierdzenie, w konsekwencji, czytając umowy razem z oświadczeniami złożonymi przez przystępującego uznał, że umowy te spełniają jego wymóg. Dokumenty te można odczytywać łącznie.

Zdaniem zamawiającego wyjaśnienia nie zmieniają ani nie rozszerzają treści ofert, a przystępujący nie rozszerzył wykazu placówek. Podobne kwestie były rozstrzygane już w sprawie KIO 371/11, w której Izba uznała, że zamawiający musi zweryfikować wykaz oraz w sprawach KIO 1907/10 i KIO 1908/10, w których Izba zmniejszyła liczbę placówek, które zamawiający mógł uznać, zatem również jest to działanie dopuszczalne. W wyroku KIO 376/12 Izba stwierdziła, iż zamawiający może uzupełnić dokument, ale nie może oceniać nowych osób, których nie było w pierwotnym. Analogicznie można to zastosować w niniejszej sytuacji, ponieważ wykonawca nie uzupełnił wszystkich dokumentów, dlatego zamawiający pomniejszył ilość punktów zgodnie z przywołanym wyrokiem.

Wykonawcy działają profesjonalnie w przedmiotowej dziedzinie, zatem nie uważa, żeby dopiero po ogłoszeniu przetargu zaczęli zawierać umowy z danymi placówkami.

Zwrócił uwagę, że również odwołujący w ramach wyjaśnień przedstawił oświadczenia właścicieli placówek. Jeśli odwołujący ma wiedzę, że dane placówki przedstawione przez przystępującego nie funkcjonują, powinien to udowodnić.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. Przystępujący popiera stanowisko zamawiającego, z tym wyjątkiem, że nie ma wątpliwości, iż złożone umowy są dokumentami potwierdzającymi realizację zamówienia w okresie jego wykonywania. Złożył wszystkie wymagane dokumenty na zadeklarowane 107 punktów handlowych i gastronomicznych. Po wyroku Izby KIO 548/12 dokonał weryfikacji oferowanych punktów i wszystkie wykazane punkty wystawiane przez niego bony akceptują. W ocenie zamawiającego przystępujący ma przewagę 15 punktów nad odwołującym, zatem te 4 punkty, dla których nie złożono oświadczeń, nie zmieniają sytuacji obu ofert. Oświadczenia zostały opatrzone datami po terminie składania ofert, ponieważ są wyjaśnieniami i jedynie dopełniają przedłożone umowy. Umowy przedstawione zamawiającemu nie zostały rozwiązane. Mógł w ramach wyjaśnień napisać zamawiającemu zapewnienie, że są one ważne, ale dla przekonania zamawiającego do tego faktu, zebrał przedmiotowe oświadczenia. Wniósł o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł m.in. następujące postanowienia.

W punkcie IX wskazał, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 („Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”) wymaga dołączenia do oferty:

1. wzorów bonów żywieniowych (kuponów, bonusów) na posiłki profilaktyczne (oryginały lub kserokopie) o nominałach żądanych przez zamawiającego, zawierających w szczególności pozostałe dane, których żąda zamawiający, a o których mowa w załączniku nr 1,
2. wykazu placówek handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe zlokalizowanych w mieście Knurów oferujących w sprzedaży produkty spożywcze oraz placówek gastronomicznych zlokalizowanych w mieście Knurów oferujących gotowe posiłki (załącznik nr 7 do specyfikacji).

Z kolei w załączniku nr 7 zamawiający zawarł uwagę – wymaganie, aby do wykazu dołączyć oświadczenia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do specyfikacji) podmiotów trzecich (placówek handlowych/ gastronomicznych) lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania niniejszego zamówienia.

Treść załącznika nr 8 została określona następująco: miejscowość, data, nazwa podmiotu składającego oświadczenie, treść oświadczenia: oświadczam, że będę realizować bony żywieniowe wykonawcy (nazwa) w okresie wykonywania zamówienia pod nazwą (tytuł niniejszego zamówienia) w następujących placówkach handlowych i gastronomicznych (lista), pieczęć i podpis.

W punkcie 3. „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” zamawiający postawił wymóg minimalny, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych realizujących bony żywieniowe na posiłki profilaktyczne, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie miasta Knurów co najmniej: 40 punktów (placówek) handlowych i 5 punktów gastronomicznych oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki. Zamawiający zawarł też definicję, co będzie rozumiał przez placówkę gastronomiczną i handlową.

W rozdziale XIV „Kryteria oceny oferty” zamawiający wskazał, iż w kryterium „ilość punktów handlowych oraz gastronomicznych ogółem w miejscowości Knurów” zasady przydzielania punktów są następujące: łączna ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych oferty badanej dzielona przez najwyższą wykazaną łączną ilość punktów (placówek)

handlowych i gastronomicznych, mnożone przez 70. Za najkorzystniejszą miała zostać uznana oferta, która otrzyma największą ilość punktów (wyliczenie punktów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania).

Brak innych ustaleń co do oceny ofert w tym kryterium.

Z powyższych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikają więc następujące wnioski.

Zamawiający na etapie sporządzania specyfikacji określił charakter spornych dokumentów, na który wskazuje jednoznacznie użyty przez niego w punkcie IX opis: „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1”, co odpowiada brzmieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego”. Co prawda w punkcie IX zamawiający podał jedynie wykaz placówek handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony, a na oświadczenia placówek handlowych/ gastronomicznych lub inne dokumenty potwierdzające, iż będą one realizować bony żywieniowe wskazał dopiero we wzorze owego wykazu, jednak jasne jest, że stanowią one połączoną ze sobą i uzupełniającą się parę (takie umieszczenie tego żądania tylko to podkreśla) i charakter tych dokumentów jest taki sam. Pośrednio wskazał na to i sam zamawiający w swoim wezwaniu powołując się na art. 26 ust. 4, a nie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie – gdyż nie jest to przedmiotem sporu i nie ma znaczenia dla niniejszego postępowania (wszyscy wykonawcy tę uwagę w załączniku nr 7 zauważyli) – Izba wskazuje, że taki sposób wprowadzania wymogów odnoszących się do dokumentów, które wykonawcy powinni złożyć, nie stanowi dobrego wzoru postępowania przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zmniejsza jej czytelność dla wykonawców, zatem w kolejnych postępowaniach podobne wymagania zamawiający powinien zamieszczać w głównej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punktach odnoszących się do sposobu przygotowania oferty lub wymaganych dokumentów.

Ponieważ to zamawiający ustala sposób złożenia oferty, a ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera szczególnych unormowań w tym zakresie, zamawiający ma tu pewną swobodę w kształtowaniu swoich wymogów. Tym samym mógł taki charakter – dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – tym dokumentom nadać. Rozważanie kwestii, czy nie bardziej stosowne byłoby nadanie im innego charakteru, w niniejszym postępowaniu jest spóźnione, gdyż tego charakteru nie można zmienić na etapie „po złożeniu ofert”, bowiem w jawny sposób przeczyłoby to wskazanej w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady

z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych zasadzie przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym konsekwentnie dokumenty te mogą być uzupełniane w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednak art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnieść można tylko do uzupełniania dokumentów, które związane są ze spełnieniem minimalnych wymogów zamawiającego co do liczby placówek, a nie podniesieniem pozycji wykonawcy w rankingu ofert.

Tym samym w niniejszym postępowaniu możliwość uzupełnienia tych dokumentów mogłaby się odnosić jedynie do posiadania owych 40 placówek handlowych i 15 placówek gastronomicznych stanowiących minimalne wymaganie zamawiającego, którego niespełnienie powodowałoby odrzucenie oferty. Natomiast możliwość wpływania przez wykonawcę na zwiększenie punktacji swojej oferty po upływie terminu składania ofert byłaby jawnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Fakt ten był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie krajowym. Podobny pogląd wyraził też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. (jakkolwiek ze względu na zaistniały tam stan faktyczny posługuje się innym nazewnictwem niż ustawa Prawo zamówień publicznych): „Art. 2 dyrektywy 2004/18 [zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania] nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego (...), wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.”

Przy tym oczywiste jest, że w sytuacji takiej nie można traktować art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako „zamiennika” art. 26 ust. 3 i obchodzić przepisów poprzez „uzupełnienie przez nieuzupełnienie”, nazwane wyjaśnieniami.

Tym samym ocenie (punktacji) w zakresie kryterium oceny ofert może być poddana tylko taka liczba placówek, która figurowała na liście i spełniła wszystkie wymagania zamawiającego na chwilę składania ofert (m.in. załączono oświadczenie lub inny dokument).

Odnosząc się zatem do sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu Izba uznaje, że zamawiający musi stwierdzić, czy przedstawione mu sporne umowy, spełniają jego wymagania dotyczące dokumentów.

W załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że wykonawcy mają przedstawić oświadczenia podmiotów trzecich (placówek handlowych/gastronomicznych) sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do specyfikacji lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy w okresie wykonywania niniejszego zamówienia.

Zamawiający określił więc wymóg szczegółowo jedynie w zakresie wzoru oświadczenia, pozostawiając jednocześnie możliwość złożenia również innych dokumentów.

Przedstawianie zawartych umów jest zwyczajowo przyjmowanym, nie tylko w zamówieniach publicznych, ale i w powszechnym obrocie, sposobem potwierdzania, że dane podmioty podjęły pewne zobowiązania. Nie dziwi więc, że wykonawca uznał je za inny dokument potwierdzający realizację bonów.

Jeśli zamawiający miał jakieś szczególne wymagania co do owych „innych dokumentów” lub do zawartych umów, które mogli przedstawić wykonawcy, powinien je opisać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedstawione przez przystępującego umowy miały standardową dla wszystkich treść – zostały zawarte na czas nieokreślony oraz przewidywały prawo do „odstąpienia”: za trzymiesięcznym wypowiedzeniem, natychmiast przy drastycznym naruszeniu warunków umowy oraz w każdym terminie za obopólną zgodą stron.

Fakt, umowy o tej treści (zawarte na czas nieokreślony i z możliwością wypowiedzenia) nie zapewniają stuprocentowej pewności, że nie zostaną wypowiedziane w przyszłości (zresztą tak naprawdę żadne zobowiązanie tego nie gwarantuje), jednak to, że wykonawca i dana placówka handlowa/gastronomiczna są związane umową już od wielu lat, może wskazywać nie tylko na to, że dana placówka może już nie istnieć lub że umowa została albo zostanie rozwiązana, ale też, że strony są ze współpracy zadowolone i mają zamiar ją kontynuować również przez kolejne 12 miesięcy, co potwierdziły przedstawione przez przystępującego oświadczenia.

W powszechnym obrocie nie przyjmuje się też z góry założenia, że przedstawiane w różnych celach umowy są na pewno już nieaktualne, podmioty je zawierające nie istnieją albo że planują rozwiązanie umowy itd. – przeciwnie, przyjmuje się odwrotne stanowisko, tj. że umowy te wciąż obowiązują i będą kontynuowane w przyszłości. Za tę okoliczność odpowiedzialność przyjmuje wykonawca, a jeśli zaistnieją podstawy do potwierdzenia przeciwnego stanowiska, wykonawca ponosi odpowiedzialność za złożenie nieprawdziwych informacji.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 4 załącznika nr 1) wynika, że również zamawiający brał pod uwagę, iż nawet pomimo złożenia wymaganych oświadczeń o 12-miesięcznej realizacji bonów, usługi wskazanych placówek mogą tyle czasu nie trwać

– z tego powodu zamawiający wymagał kwartalnej aktualizacji listy placówek z zastrzeżeniem, że nieaktualne punkty muszą zostać zastąpione nowymi, aby liczba placówek nie była mniejsza niż w ofercie.

Izba zgadza się z tezą zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r. sygn. akt 2717/11, w którym stwierdzono, że kopie umów zawartych z placówkami przez wykonawcę w okresie poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu nie zawsze są dowodem, że podmioty, z którymi zostały zawarte, zamierzają w dalszym ciągu wykonywać swoją działalność w okresie spełniania świadczenia, a wprost przeciwnie, placówki te mogły zaprzestać działalności bądź wypowiedziały umowę albo mogły zostać przeniesione pod inny adres – jest to stwierdzenie zgodne z logiką i doświadczeniem życiowym, ale należy zwrócić uwagę, że Izba tak skonkludowała stan faktyczny, który zaistniał w tamtym postępowaniu, czyli nieaktualność tamtych umów.

W niniejszym postępowaniu tego nie stwierdzono. Jednak dbałość zamawiającego o upewnienie się co do tego faktu i zwrócenie do wykonawcy o wyjaśnienia, można uznać za uzasadnioną wobec jego wcześniejszych doświadczeń związanych z nieaktualnymi listami placówek mających realizować bony przedstawianymi przez wykonawców.

Na skutek wyjaśnień przystępujący przedstawił oświadczenia złożone w imieniu właścicieli placówek złożone na drukach załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wywołało wątpliwości, czy dokumentów tych nie potraktować jako uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli jednak za spełnienie wymogu przedstawienia wymaganych dokumentów uzna się przedstawienie umów z właścicielami placówek, a wyjaśnienia miały służyć jedynie rozwianiu obaw zamawiającego i potwierdzeniu, że obowiązują one nadal i właściciele ci zamierzają kontynuować współpracę z wykonawcą, to nie stanowią one uzupełnienia dokumentów. Trzeba bowiem przyznać rację przystępującemu, że równie dobrze mógł on przedstawić własne oświadczenie w tym zakresie lub oświadczenia właścicieli placówek o treści „Potwierdzam, że umowa nr... z dnia... obowiązuje nadal i zamierzam ją kontynuować przez kolejne 12 miesięcy...” lub podobnej i zostałyby one potraktowane wprost jako wyjaśnienia, a nie uzupełnienie dokumentów. Tym samym fakt, że przystępujący posłużył się drukami zamawiającego, nie powinien skutkować odmienną oceną prawną tych oświadczeń.

Przy rozważaniu zaistniałej sytuacji należy też zwrócić uwagę na to, że stan świadomości wykonawcy dotyczący możliwości złożenia umów, należy oceniać na dzień składania ofert, kiedy to jeszcze nie miał on wiedzy, że zamawiający będzie miał wątpliwości co do przedłożonych umów. Sporny wymóg stanowi *novum* w postępowaniach na dostawę bonów i wykonawcy nie mieli jeszcze doświadczeń, jakie dokumenty najlepiej przedstawić zamawiającemu (niezależnie bowiem od tego, że wymogi ocenia się dla danego postępowania na podstawie sporządzonej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak nie można

nie zauważyć, że i różne zwyczaje mają wpływ na zachowanie uczestników postępowań). Z kolei, co już wskazano, zamawiający nie podał szczegółowych informacji czy wymogów co do „innych dokumentów”, które mogli przedstawić wykonawcy.

Tak więc w niniejszej sytuacji Izba nie stwierdziła błędów w punktacji ofert, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Na przyszłość zwraca jednak uwagę, że zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób oceny ofert, powinien dokładniej opisywać procedurę oceny ofert w tym kryterium (co uzna, a czego nie, czego nie będzie uzupełniał lub brał pod uwagę, czy przy zaistnieniu błędów na liście placówek będzie ofertę odrzucał, czy też listę korygował i na jakich zasadach itd. Sposób oceny ofert to część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą tworzy zamawiający i ma w tym zakresie dużą dowolność, pod warunkiem zachowania przejrzystości i logiki swojego postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Lecz brak ustaleń ustawowych skutkuje też tym, że zamawiający tym dokładniej powinien opisać ten etap postępowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący: