

**Sygn. akt: KIO 1653/13**

**WYROK**  
**z dnia 25 lipca 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 roku przez Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Aleje Jerozolimskie 133/113, 02-304 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglowa S.A. Oddział KWK Knurów-Szczygłowice z siedzibą w Katowicach przy ulicy Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Kłobuckiej 25, 02-699 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Aleje Jerozolimskie 133/113, 02-304 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Alba Dolny Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Wałbrzychu przy ulicy Piasta 16, 58-304 Wałbrzych 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. Nr 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: .....**

**Sygn. akt: KIO 1653/13**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. Oddział KWK Knurów-Szczygłowice z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego 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. oddział KWK „Knurów-Szczygłowice” w okresie 24 miesięcy*.

26 czerwca 2013 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania o udzielenie zamówienia, powiadomił że do realizacji przedmiotowego zamówienia wybrał wykonawcę SODEXO Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, natomiast Odwołującego Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia.

8 lipca 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”) wobec naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Stron, przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego się i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, co dowodzi naruszenia powyższej zasady,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Odwołującego a także przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego się z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą mimo, iż do powyższego nie doszło i oferta nie powinna być odrzucona,

- art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i jest najkorzystniejszą,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z par. 4 ust. 3 oraz par. 6 ust. 1,2,4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2006r. *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o.
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez niezgodne z ustawą a więc nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający wykluczając Odwołującego, o czym Odwołujący został poinformowany w dniu 27 czerwca 2013r., naruszył przepisy ustawy a także warunki postępowania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Zamawiający nie wykazał, iż dokumenty przedstawione przez Odwołującego, w tym dostarczone przez niego oświadczenia, o których mowa w załączniku nr 7 i 8 do SIWZ, nie spełniają warunków określonych w treści SIWZ. Zamawiający bezpodstawnie nie uznał łącznie 39 placówek handlowych i gastronomicznych, bowiem placówki te spełniały wymagania Zamawiającego. Bezpodstawnie jest przyjęcie przez Zamawiającego, iż informacje udzielone przez podmioty reprezentujące placówki handlowe i gastronomiczne, oświadczenia dołączone do oferty Odwołującego, potwierdzają fakt złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający, nie dokonał należytej oceny oferty Wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. i zignorował informacje o złożeniu przez w/w Wykonawcę dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez KWK SA Oddział Knurów-Szczygłowie pt. „Dostawa bonów żywnościowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie”, co potwierdza poprawność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z pkt IX. 3.SIWZ Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1, Zamawiający wymaga również dołączenia do oferty. 3. Dokumenty potwierdzające, iż Wykonawca dysponuje/będzie dysponował placówkami: handlowymi/gastronomicznymi zlokalizowanymi w mieście Knurów, wyszczególnionymi w wykazie placówek, o którym mowa w pkt 2 tj.: - oświadczenia (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ) [...] - lub kopie umów [...]"

Dokumenty przedstawione przez Odwołującego spełniają powyższe wymagania a zarzut złożenia nieprawdziwych informacji nie został nie tylko udowodniony ale nawet nieuprawdopodobniony.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lipca 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Odwołujący wskazał następujący dowód - (dowód nr 1) KRS 0000033826 firmy Sodexo Motivation Solutions Polska Spółka z o.o. oraz KRS nr 0000084091 Sodexo Polska Spółka z o.o. – stan na dzień 19 lipiec 2013 roku

Odwołujący złożył pismo datowane na dzień 20 lipca 2013 roku przedstawiające stanowisko Odwołującego w sprawie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając zgromadzony materiał w sprawie w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, do której odwoływał się również Odwołujący Izba uznała, że: w zakresie wskazanych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia – przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, oraz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku art. 3 i art. 15 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z par. 4 ust. 3 oraz par. 6 ust. 1,2,4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2006r. *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. argumentacja jaką wskazał Odwołujący w odwołaniu jest zbyt ogólna. Przedstawienie argumentacji szczegółowej na rozprawie stanowi czynność spóźnioną, która nie może być uwzględniona, stanowi ona bowiem konkretyzację nowych, nie podniesionych w odwołaniu zarzutów. Odwołanie podlega rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynikał z podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ustawy). W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod

względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. W szczególności, zawierając zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno wskazywać te postanowienia, którym, w ocenie odwołującego, oferta nie odpowiada, czy stawiając zarzut nakierowany na odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – określać ten czyn, nie tylko przez wskazanie odpowiedniej kwalifikacji prawnej tego czynu ale i opisowo jednoznacznie go precyzować. Tym samym wymienione na wstępie tego akapitu zarzuty jakie ukształtował Odwołujący, nie poparte uzasadnieniem faktycznym w treści odwołania nie dają możliwości ich rozpoznania, bowiem w konsekwencji należy uznać, że nie stanowią one zarzutów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Odwołującego a także przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego się z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą mimo, iż do powyższego nie doszło i oferta nie powinna być odrzucona Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowo czynności oceny dokumentów złożonych z oferta przez Odwołującego oraz dołożył należytej staranności przy dokonywaniu czynności oceny dokumentów złożonych wraz z tą ofertą. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wykonawcy składający oferty mieli przedstawić, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 między innymi oświadczenia według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ podmiotów trzecich (placówek handlowych/gastronomicznych), iż podmioty te będą realizować bony emitowane przez wykonawcę w okresie wykonywania zamówienia lub kopii umów zawartych z podmiotami trzecimi w terminie po publikacji ogłoszenia o zamówieniu nr sprawy 061202447/01. Załącznik nr 8 w swej treści odnosił się do nazwy postępowania o udzielenie zamówienia pod jaką prowadzone jest postępowanie oraz numeru sprawy. Odwołujący w ofercie załączył oświadczenia, w których treści zostało dopisane ręcznie: nazwa postępowania oraz nr sprawy. Za właściwe należy uznać stanowisko, że oświadczenia – na co wskazuje ich treść – powinny być podpisane po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym sama treść oświadczenia wyznaczała termin w jakim mają one być podpisane; dodatkowo należy mieć na uwadze,

że Zamawiający alternatywnie dopuścił złożenie oświadczenia zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ lub kopie umowy ale zawartej po publikacji przedmiotowego ogłoszenia. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że *Odwołujący załączył do oferty oświadczenia podmiotów trzecich o udostępnieniu placówek handlowo / gastronomicznych, przy czym daty oświadczeń, a także nazwa kopalni „Knurów-Szczygłowice” i numer postępowania 061202447/01 zostały dopisane odręcznie.* Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące autentyczności kilkunastu załączonych oświadczeń, oceniając dokumenty wziął pod uwagę dokumenty złożone do Zamawiającego za pismem z 5 kwietnia 2013 roku złożonego przez wykonawcę Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. oraz w wyniku uzyskania informacji na podstawie wcześniej wymienionego pisma skierował samodzielnie zapytania dotyczące treści złożonych oświadczeń do poszczególnych podmiotów, których dysponowaniem wykazał się Odwołujący w ofercie. Do ww. pisma zostały załączone oświadczenia podmiotów trzecich, z których treści wynika, że w okresie pomiędzy 30 stycznia 2013 roku a 28 lutego 2013 roku nie podpisywały żadnego oświadczenia dotyczącego realizacji bonów żywniowych przez Odwołującego a dotyczących postępowania prowadzonego przez Zamawiającego z jednoczesnym wskazaniem, że oświadczenia które zostały podpisane przez 30 stycznia 2013 roku dotyczyły ogólnej współpracy z Odwołującym bez podania nazwy klienta oraz numeru sprawy – nie dotyczyły zatem przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia. Prawidłowość weryfikacji dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą polegała na tym, że Zamawiający zbadał, że oświadczenia nie dotyczyły tego postępowania (bądź nie były złożone przez wskazany podmiot) i były składane w innych datach, niż wynikało to z treści dokumentu stanowiącego oświadczenia załączone do oferty. Poza pismem z 5 kwietnia 2013 roku Zamawiający sam skierowała do poszczególnych podmiotów pytanie (pisma z 16 maja 2013 roku) dotyczące rozbieżności w złożonych oświadczeniach – tych dołączonych do oferty oraz tych załączonych do pisma z 5 kwietnia 2013 roku a w niektórych przypadkach również oświadczeń dołączonych do pisma z 27 kwietnia 2013 roku złożonego przez Odwołującego a do którego załączone zostały również oświadczenia niektórych podmiotów – w tych oświadczeniach potwierdzano autentyczność złożonych oświadczeń oraz współpracę z Odwołującymi lub chęć współpracy z Odwołującym. Zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWIZ oświadczenia składane wraz z ofertą miały zwierać określoną treść. Nieprawdziwość informacji w złożonych wraz z ofertą oświadczeniach polega na tym, że Odwołujący posłużył się dokumentami, których treść uzupełnił, niezgodnie ze stanem faktycznym tj. przez uzupełnienie innej niż faktyczna data złożenia oświadczenia przez



podmiot, który to oświadczenie składał oraz dopisanie treści, której nie oświadczył podmiot i użył tych dokumentów – uzupełnionych oświadczeń na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający dołożył należytej staranności w zakresie oceny oferty Odwołującego w zakresie złożonych wraz z ofertą oświadczeń podmiotów trzecich oraz w sposób prawidłowy nie uznał 22 placówek handlowych i gastronomicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy dotyczącego zaniechania wyboru oferty Odwołującego, mimo, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Izba wskazuje: po pierwsze powołany przez Odwołującego przepis odnosi się do wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ natomiast uzasadnienie wskazane przez Odwołującego, choć bardzo ogólne, odnosi się do zaniechania wyboru oferty mimo, że oferta jest zgodna z SIWZ. Odwołujący nie odnosił się do niewłaściwego zastosowania kryteriów oceny ofert lub niezastosowania kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że w postępowaniu istotnym była ilość przedstawionych placówek handlowych i gastronomicznych, bowiem od pewnego poziomu, niezbędnego do spełnienia (co najmniej 40 placówek handlowych i co najmniej 5 placówek gastronomicznych – Załącznik nr 1 do SWIZ pkt 3), placówki te podlegały ocenie w zakresie kryteriów oceny ofert o ile zgodne były z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Zamawiający w punkcie XIV SIWZ ppkt 2 wskazał, w jakich przypadkach nie będzie uznawał placówek wykazanych w ofercie. Dokonując oceny oferty Odwołującego, Zamawiający, zwrócił się o wyjaśnienia do Odwołującego, które otrzymał za pismem z 27 kwietnia 2013 roku. Uwzględniając postanowienia SIWZ – w tym definicje zawarte w załączniku nr 1 do SWIZ pkt 4 – oraz ww. wyjaśnienia Odwołującego Izba uznała, że ocena Zamawiającego w stosunku do pozycji 3, 9, 11 wykazu placówek gastronomicznych oraz pozycji 19, 47, 79, 91 wykazu placówek handlowych dokonał nieprawidłowej oceny. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego placówki te spełniają wymagania ukształtowane w SIWZ, a Zamawiający nie podał z jakich przyczyn nie spełniają określonych wymagań. Pozostałe placówki gastronomiczne i handlowe wskazane przez Zamawiającego w informacji o wyniku postępowania nie spełniają wymagań pkt XIV pkt 2 lit. a i b SIWZ oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ). Uznanie, że siedem powyżej wskazanych placówek gastronomicznych i handlowych zostało zakwalifikowanych błędnie jako niespełniających wymagania SIWZ nie wpływa na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez niezgodne, a więc nieuprawnione, odrzucenie oferty Odwołującego Izba wskazuje, że uwzględniając wynik rozpoznania powyżej wskazanych zarzutów, uznanie poprawności wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenie oferty z postępowania stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający w piśmie zawiadamiającym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (pismo datowane na 27 czerwca 2013 roku) podał, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie ww. przepisu a w uzasadnieniu faktycznym wskazał: wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu. Reasumując, odrzucenie oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania jest prawidłowe, jednakże w tym przypadku wynika ono z art. 24 ust. 4 ustawy – ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Wskazany przez Odwołującego dowód (dowód nr 1) tj. KRS 0000033826 firmy Sodexo Motivation Solutions Polska Spółka z o.o. oraz KRS nr 0000084091 Sodexo Polska Spółka z o.o. – stan na dzień 19 lipiec 2013 roku na okoliczność wykazania, że istnieją dwie firmy,

które w firmie (nazwie) zgodnie z KRS posiadają słowo Sodexo Izba uznała, że dla rozpoznawanej sprawy, w tym stanie faktycznym sprawy, nie ma żadnej mocy dowodowej, bowiem brak jest sprecyzowania zarzutów w odwołaniu, w zakresie wykonawcy Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....