

Sygn. akt: KIO 276/14

Sygn. akt: KIO 302/14

WYROK
z dnia 7 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- a) 14 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego LEMARO E. i M. O..... Sp. j. w Rybniku, A. C..... i K. O..... „DARK” Firmę Handlowo Usługową Sp. j. w Rybniku, R..... Z....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... w Rybniku [KIO 276/14],
- b) 17 lutego 2014 r. przez wykonawcę Wasza Żywieniowa Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [KIO 302/14],

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, przy udziale wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienia do obu postępowań odwoławczych, po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 276/14,**
2. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 302/14,**
3. kosztami postępowania obciąża odpowiednio Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego LEMARO E. i M. O..... Sp. j. w Rybniku, A. C..... i K. O..... „DARK” Firmę Handlowo Usługową Sp. j. w Rybniku, R..... Z....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... w Rybniku a także Wasza Żywieniowa Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł

00 gr [słownie: trzydziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez każdego z Odwołujących, 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 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 276/14

Sygn. akt: KIO 302/14

Uzasadnienie

I. W postępowaniu 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 „Brzeszcze” w okresie 24 miesięcy”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Kompanię Węglową S.A., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LEMARO E. i M. O..... Sp. j. A. C..... i K. O..... „DARK” Firma Handlowo Usługowa Sp. j., R..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... wnieśli odwołanie wobec czynności oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie a także Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie – na czynność wykluczenia z postępowania a także zaniechanie wykluczenia Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Oferty wszystkich wykonawców mają takie same ceny: 17 684 909,60 zł; wykonawcy konkurowali więc wyłącznie ilością placówek, w których można zrealizować bony żywieniowe.

II. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LEMARO E. i M. O..... Sp. j. A. C..... i K. O..... „DARK” Firma Handlowo Usługowa Sp. j., R..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z....., zwani Górnośląskim Konsorcjum Handlowym [postępowanie o sygn. akt KIO 276/14] zarzucili Zamawiającemu niezgodne z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych dokonanie oceny oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz własnej oferty.

[1] Górnośląskie Konsorcjum Handlowe podniosło zarzuty:

1. dokonania w sposób niezgodny z zasadami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej SIWZ] opublikowanej w dniu 10 lipca 2013r.,
2. niezastosowanie się Zamawiającego do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

2 grudnia 2013 roku (KIO 2655/13 i 2658/13),

3. w konsekwencji brak wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy, który stanowi, że: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
4. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy: Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. oraz uznania jego oferty jako odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy stanowiącego, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ oferta złożona przez Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. w dniu otwarcia ofert zawierała 90 placówek handlowych i gastronomicznych będąc ofertą zdecydowanie najkorzystniejszą, z czego do oceny powinny być przyjęte 63 placówki, a w konsekwencji to oferta Odwołującego powinna być uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Wystąpiło w tym przypadku, podkreślane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania.
5. art. 7 ust. 1 ustawy, wg którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
6. art. 7 ust. 3, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy
7. zaniechanie odrzucenia oferty Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. oraz uznania jego oferty w dalszej części postępowania jako odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, wg którego zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ elementy oferty złożonej przez tego wykonawcę wraz z uzupełnieniami przedłożonymi Zamawiającemu w trakcie postępowania wprost odnieść należy do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 IV 1993r. [Dz.U. 1993 Nr 47 poz.211], który stanowi, że: czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działaniem sprzecznym z prawem było wielokrotnie udokumentowane przez GKH w trakcie postępowania antydatowanie dokumentów przedstawianych przez wykonawcę Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. Zamawiającemu co można wprost odnieść do art. 270 Kodeksu Karnego stanowiącego, że: Kto w celu użycia za autentyczny podrabia lub przerabia dokument lub takiego dokumentu jako autentyczny używa podlega grzywnie, karze ograniczenia

wolności albo pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat pięciu“. Działania te naruszyły interes Odwołującego jako przedsiębiorcy, a Zamawiający będąc wielokrotnie informowany w trakcie postępowania o tych sprzecznych z prawem działaniach Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. zlekceważył je, przez co po raz kolejny naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, wg którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

8. art. 7 ust. 3, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

[2] Odwołujący Górnośląskie Konsorcjum Handlowe wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. i w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą,
2. nakazanie wyboru oferty GKH zgodnie z zapisami SIWZ oraz ustawy,
3. zwrot kosztów postępowania.

[3] W uzasadnieniu odwołania Górnośląskie Konsorcjum Handlowe podniosło, że do oceny ofert Zamawiający przyjął 69 placówek w ofercie Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., natomiast do oceny oferty Odwołującego 67. Ocena ta nie odpowiada zasadom oraz kryteriom wyboru oferty najkorzystniejszej określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z nimi to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą ponieważ ilość placówek handlowych gastronomicznych na terenie objętym postępowaniem w jego ofercie, liczona zgodnie z postanowieniami SIWZ, powinna wynosić 68, natomiast w ofercie Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. 63. Tym samym Wykonawca Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. zawarł w swojej ofercie nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, a także poprzez złożenie oferty naruszył ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

- W pkt. 4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający określił, dla potrzeb przedmiotowego postępowania, celem prawidłowej interpretacji użytych w SIWZ zwrotów, następujące definicje:

Placówka gastronomiczna - placówka stała ogólnie dostępna (np. restauracja, jadłodajnia, bar), prowadzącą działalność w zakresie przygotowania oraz sprzedaży gorących posiłków

zgodnie z kartą menu (co najmniej 5 potraw np. zupy, pierogi, gulasz, kotlet schabowy z dodatkami, filet z kurczaka z dodatkami itp.), do spożycia przez indywidualnego konsumenta na miejscu i na wynos, czynną przez wszystkie dni robocze, posiadającą salę konsumpcyjną będącą pomieszczeniem zamkniętym, ogrzewanym z co najmniej 15 miejscami siedzącymi.

Placówka handlowa - placówka, prowadząca działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wnętrze jest dostępne dla ogółu konsumentów tzn. pomieszczeniu znajdującym się wewnątrz placówki handlowej, do którego konsument musi mieć możliwość wejścia), czynną co najmniej przez wszystkie dni robocze. Do placówek handlowych nie zalicza się ruchomych punktów sprzedaży detalicznej i automatów sprzedażowych.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wyraźnie odróżnił placówkę handlową od placówki gastronomicznej.

- W ust. IX pkt.3 zapisów SIWZ Zamawiający, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 zażądał dołączenia do oferty następujących dokumentów potwierdzających, iż wykonawca dysponuje/będzie dysponował placówkami handlowymi/gastronomicznymi zlokalizowanymi na terenie objętym postępowaniem:
 - oświadczenia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ),
 - kopi umów zawartych po terminie publikacji ogłoszenia o zamówieniu,
 - kopi aktualnych umów wraz z dokumentami potwierdzającymi, że umowy te są umowami czynnymi.

- W świetle przytoczonych zapisów SIWZ wybór oferty dokonany przez Zamawiającego w dniu 6 lutego 2014 roku jest z nimi całkowicie niezgodny. Niezgodności te polegają na nieuzasadnionym uznaniu do oceny oferty Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. sześciu placówek:

(1) poz. 70 - kawiarnia Quatro - przekwalifikowanie tej placówki z gastronomicznej, która nie spełnia wymogów SIWZ, na handlową stanowi – w ocenie Odwołującego - wręcz żart z oczywistego rozróżnienia w zapisach SIWZ placówek handlowych i gastronomicznych. Tym bardziej, że właściciel placówki prowadzi działalność gospodarczą, tylko i wyłącznie, w zakresie gastronomii. Placówka ta nie spełnia więc definicji placówki handlowej, ponieważ jej właściciel nie prowadzi działalności w zakresie sprzedaży artykułów spożywczych w rozumieniu sklepu spożywczego. Prowadzi działalność gastronomiczną i jako taka placówka ta nie spełnia wymogów SIWZ, a w konsekwencji nie może być przyjęta do oceny oferty. Interpretacja zapisów SIWZ zastosowana w tym przypadku przez Zamawiającego prowadzi wprost do

braku celowości zastosowania przez niego w tych zapisach rozróżnienia placówek handlowych (wprost sklepów spożywczych) od placówek gastronomicznych (jadłodajnia, restauracja, bar).

(2) poz. 65 - *Cukiernia, Skidziń, ul. Oświęcimska* – Odwołujący podał, że Wykonawca Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie, na potwierdzenie zawartych w ust. IX pkt. 3 zapisów SIWZ żądań Zamawiającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1, dołączył do oferty oświadczenie opatrzone datą 11 lipca 2013 roku bez podpisu właściciela placówki. Już ten fakt powoduje, że dysponowanie placówką powinno być dla Zamawiającego wątpliwe, a oferta Wykonawcy niezgodna z zapisami SIWZ. Tym samym Wykonawca nie dopełnił formalności zapisanych w SIWZ, ponieważ dokument niepodpisany nie może być uznany. Odwołujący podał, że uzyskał wgląd do złożonych w postępowaniu ofert w dniu 12 sierpnia 2013 roku i tym samym powziął wiedzę o nieprawidłowościach zawartych w ofercie Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. W dniu 13 sierpnia 2013 roku Odwołujący potwierdził w formie oświadczenia u właściciela placówki swoje przypuszczenia, że ten nie podpisywał żadnych dokumentów dla Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. na potrzeby przedmiotowego postępowania. Swoją wiedzę Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2013 roku w formie oryginału oświadczenia właściciela podmiotu trzeciego [pismo w dokumentacji postępowania]. Oświadczenie to, zgodnie z zapisami ustawy, przesądza fakt, że na dzień otwarcia ofert Wykonawca Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. nie dopełnił formalności wymaganych przez zapisy SIWZ odnośnie dysponowania placówką ponieważ wszelkie dokumenty uzyskane po terminie otwarcia ofert [05 sierpnia 2013 roku] nie mogą być brane pod uwagę. W dniu 6 września 2013 roku Zamawiający skierował do Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie nieprawidłowości zawartych w ofercie. W odpowiedzi nadesłanej do Zamawiającego w dniu 12 września 2013 roku odnośnie przedmiotowej placówki Wykonawca Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. przedłożył umowę opatrzoną datą 2 sierpnia 2013 roku, co stoi w sprzeczności z oświadczeniem właściciela placówki złożonym w dniu 13 sierpnia 2013 roku. W dalszej części postępowania po raz kolejny odwołujący zwrócił się do właściciela placówki z prośbą o wyjaśnienie powstałej sprzeczności i uzyskał informację, że umowę na realizację bonów żywieniowych z firmą Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. podpisał po podpisaniu oświadczenia dla odwołującego, a więc po dniu 13 sierpnia 2013 roku, co potwierdził kolejnym,

szczegółowym oświadczeniem. Odwołujący ponownie przekazał oryginał oświadczenia Zamawiającemu co, zdaniem Odwołującego, powinno ostatecznie przesądzić sprawę niemożliwości zaliczenia tej placówki do oferty Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. Pomimo tych wszystkich okoliczności potwierdzonych stosownymi dokumentami w formie oświadczeń właściciela podmiotu trzeciego Zamawiający uznał tę placówkę do czego nie miał prawa, naruszył tym samym zapisy własnej SIWZ zawarte w ust. IX pkt 3 oraz zapisy art.91 ust. 1 ustawy. Dodatkowo, te nieuprawnione działania Zamawiającego polegające na uznaniu dokumentu złożonego przez Wykonawcę w uzupełnieniach oferty [oprócz oczywistego faktu uzyskania tego dokumentu po terminie otwarcia ofert] noszą znamiona nieuprawnionego podniesienia pozycji Wykonawcy w toku postępowania, a więc po terminie otwarcia ofert. Jest to jawne naruszenie zasad uczciwej konkurencji i zapisów art. 7 ust. 1 ustawy - wykonawca nie może w trakcie postępowania zmieniać swojej oferty, a w tym przypadku taka zmiana nastąpiła [w uzupełnieniach Wykonawca przedstawił przecież inny dokument niż ten załączony do oferty] i miała wpływ na zwiększenie ilości placówek przyjętych do oceny doprowadzając do niezgodnego z prawem korzystnego rozstrzygnięcia. Fakt ten został oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 czerwca 2012 roku [KIO 1152/12]: „*...art.26 ust.3 Pzp odnieść można tylko do uzupełnienia dokumentów, które związane są ze spełnieniem minimalnych wymogów zamawiającego co do liczby placówek, a nie podniesieniem pozycji wykonawcy w rankingu ofert...*“

(3) poz. 81 - sklep spożywczy, 32-626 Jawiszowice, ul. K. Jagiełły 46 - wszystkie okoliczności dotyczące tej placówki są, zdaniem Odwołującego, tożsame z tymi dotyczącymi placówki ujętej w poz 65 w ofercie,

(4) poz. 87 - Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K....., 32-620 Brzeszcze, ul. Piastowska - wszystkie okoliczności dotyczące tej placówki są, zdaniem Odwołującego, tożsame z tymi dotyczącymi placówki ujętej w poz 65 w ofercie,

(5) poz. 58 - Kebab, 32-620 Brzeszcze, ul. Mickiewicza 4 - w informacji o wyborze oferty Zamawiający podał numery placówek nieuznanych do oceny oferty Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. Odwołujący po przeanalizowaniu dokumentu stwierdził, że placówka ta nie została odrzucona pomimo faktu, że nie spełnia definicji placówki gastronomicznej [nie posiada 15 miejsc siedzących] co potwierdzone zostało już dawno na etapie postępowania. zdaniem odwołującego, nie zaszły żadne okoliczności, które mogły zmienić ten potwierdzony fakt i w związku z tym placówka ta nie może być w żadnym wypadku przyjęta do oceny oferty.

(6) poz. 43 - Bar, 32-626 Jawiszowice, ul. Łęcka 1 - tak samo jak w przypadku poz. 58 placówka ta została pominięta w spisie placówek nieuznanych przez Zamawiającego, co stanowi to zignorowanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2013 roku [KIO 2655/13, KIO 2658/13], w którym skład orzekający jednoznacznie stwierdził w tej samej sprawie, że placówka ta nie spełnia wymogów SIWZ i nie może być przyjęta do oceny ofert.

- Odwołujący zarzucił – w odniesieniu do oceny własnej oferty, nieuzasadnione nie uznanie do oceny oferty Odwołującego placówki z *poz. 11 - P.P.H.U. M..... W..... W....., 32-626 Jawiszowice, ul. Handlowa 3*. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający stwierdził, że placówka ta nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ jest czynna od wtorku do soboty. Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, gdyż – jego zdaniem - placówka ta jest czynna również w poniedziałek. Prowadzi ona działalność w zakresie sprzedaży artykułów spożywczych ale również jest producentem. W poniedziałek jest czynna - sprzedaje swoje wyroby pozostałe z soboty oraz przyjmuje zamówienia. W żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie uściślił pojęcia „jest czynna“ w sposób, który dyskredytowałby tą placówkę jako spełniającą w pełni zapisy SIWZ i w konsekwencji Odwołujący uważa jej odrzucenie za nieuzasadnione.
- Reasumując, Odwołujący podał, że w dniu otwarcia ofert tj. 5 sierpnia 2013 roku oferta Wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. zawierała 90 placówek handlowych i gastronomicznych będąc ofertą zdecydowanie najkorzystniejszą. Odwołujący dochowując wszelkich starań, aby przygotowana przez niego oferta w pełni spełniała wymogi SIWZ umieścił na swojej liście „tylko“ 68 placówek. W toku postępowania okazało się, że w przypadku uznania przez KIO poz. 11 z wykazu, Odwołujący złożył ofertę idealną, wszystkie placówki spełniają wymogi SIWZ, a dokumentacja żądana przez Zamawiającego nie budzi najmniejszych zastrzeżeń, czego nie można powiedzieć o ofercie wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. Odwołujący podkreślił, iż w przypadku uznania argumentacji Odwołującego odnośnie niesłusznie uznanych przez Zamawiającego placówek w wybranej ofercie, ostateczna ilość punktów Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. wyniesie 63, przy czym 27 błędów, braków dokumentów lub placówek niespełniających wymogów SIWZ stanowi ok. 30 procent całej oferty w związku z tym, nie może być potraktowane jako przypadkowe. W konsekwencji to oferta odwołującego staje się najkorzystniejsza co wypełnia w całości przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Zamawiający tego nie uczynił ignorując te przesłanki, pomimo jasnego orzecznictwa

KIO w podobnych sprawach - wyrok z dnia 21 lutego 2011 roku: „...Izba wyraża pogląd, iż do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym...“; wyrok z dnia 5 stycznia 2012 roku [KIO 2717/11]: „...Zdaniem składu orzekającego Izby skala pomyłek (około 6%) oraz stanowisko wykonawcy, który nie próbował nawet szczegółowo i wiarygodnie wyjaśnić zaistniałych pomyłek nie może zasługiwać na potraktowanie tych pomyłek jako innych omyłek. W związku z tym Zamawiający powinien zastosować art. 24 ust. 2 pkt.3 PZP i wykluczyć wykonawcę ... z postępowania i w dalszym ciągu postępowania zamawiający powinien ofertę wykonawcy ... uznać za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Przepis art.24 ust 2. pkt. 3 nie uzależnia konieczności wykluczenia oferty wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania od jakichkolwiek innych przesłanek, a tylko od oceny czy nieprawdziwe informacje miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Liczba placówek jest jednym z kryteriów oceny ofert, dlatego należy stwierdzić, że tak znaczna liczba pomyłek w wykazie tych placówek nie daje podstaw do jakiegokolwiek innego zakwalifikowania pomyłek, niż jako złożenie nieprawdziwych informacji, o których mowa w art.24 ust.2 pkt.3 Pzp...“. Zdaniem Odwołującego, na podstawie dokumentacji postępowania oraz przytoczonych wyroków jednoznacznie można stwierdzić celowość zarzutów Odwołującego artykułowanych w stosunku do Zamawiającego o zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. oraz uznania jego oferty jako odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

- Odwołujący wyraził zdziwienie postępowaniem Zamawiającego w tej sprawie, w świetle wymowy pisma jakie otrzymał w dniu 20 września 2013 r., podpisanego przez dwóch wiceprezesów zarządu Kompanii Węglowej S.A., a dotyczącego właśnie błędów w tych postępowaniach, [pismo P/PZ/5083/ZK/2013].
- Dokumentacja postępowania, a w szczególności oświadczenia podmiotów trzecich potwierdzają fakt antydatowania dokumentów. Jediną wątpliwość może budzić fakt czy antydatowanie dokumentu wypełnia znaczenie słowa podrobienie. Jako że nie istnieje wprost w kodeksie karnym definicja antydatowania jako działania niezgodnego z prawem [czyli przestępstwa] należy brać pod uwagę komentarze do kodeksu karnego. Przede wszystkim podkreślić należy, że antydatowanie jest to opatrzenie dokumentu datą wcześniejszą niż rzeczywista data, w której dany

dokument został podpisany, podrobienie zaś to stworzenie dokumentu i nadanie mu pozorów autentyczności. Opatrzanie dokumentu datą wsteczną stwarza pozór, że dana czynność została wykonana z datą wcześniejszą i w przypadku przedmiotowego sporu ma znaczenie fundamentalne, ponieważ taki dokument nie jest autentyczny gdyż jego rzeczywiste sporządzenie wydarzyło się w innym terminie, niż data w nim zawarta. Należy więc jednoznacznie stwierdzić, że antydatowanie dokumentu w całości wypełnia znaczenie słowa podrobienie i jako takie jest zdecydowanie niezgodne z prawem. W związku z powyższym odwołujący uważa, że może z całą stanowczością zarzucać Zamawiającemu zaniechanie zastosowania art. 89. ust. 1 pkt. 3 ustawy, ponieważ złożenie oferty zawierającej czyn z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w pełni na to „zasługuje“.

III. Odwołujący Wasza Żywieniowa w złożonym odwołaniu zakwestionował wykluczenie z postępowania a także ocenę oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [KIO 302/14].

[1] Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i jest najkorzystniejszą,
2. 85 ust. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust, 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą w postępowaniu i w rezultacie bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 , art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz ar. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zapewniająca zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nie odrzucenie oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, pomimo, iż złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 24 ust.2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie i w związku z tym niewykluczenie Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie mimo, iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

5. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez jego niezastosowanie, polegające na niewykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, a w następstwie nieodrzućenie oferty wykonawcy, pomimo niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
6. art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 192 ust. 3 ustawy, poprzez niezastosowanie się do wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2012r. poprzez jego niezastosowanie i uznanie placówki Kawiarnia Quarto i Baru Stampol jako spełniających warunki SIWZ dla oceny oferty.

[2] Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego,
2. odrzucenia oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i wykluczenia w/w Wykonawcy,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zasądzenie kosztów postępowania.

[3] W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał, iż dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, wobec stwierdzenia, iż Odwołujący nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą. Nie zgadzający się z tym stanowiskiem, Odwołujący podniósł następujące argumenty:

- Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2013r. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, wpłacając jednocześnie na rachunek bankowy Zamawiającego wadium w kwocie 15.000,00 złotych. W dniu 26 września 2013r. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego oświadczył, iż wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz na przedłużenie okresu ważności wadium również o 60 dni. Następnie w dniu 15 listopada 2013r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania nr 101300246. Wobec wniesienia odwołania termin związania ofertą uległ zawieszeniu. W dniu 2 grudnia 2013r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2655/15 i 2658/15, uwzględniający odwołanie. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podkreślił, iż składając odwołanie na czynność unieważnienia postępowania, a następnie podtrzymując zabezpieczenie oferty w postaci wadium wpłaconego na rachunek Zamawiającego, dał wyraz woli dalszego udziału w postępowaniu w celu

pozyskania zamówienia. W przedmiotowej sprawie nie może być mowy o wygaśnięciu terminu związania ofertą wobec jednoznacznych czynności Odwołującego wskazujących na wolę udziału w postępowaniu i uzyskaniu zamówienia.

- Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 655/13, *„...upływ terminu związania bez jego przedłużania na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeżeli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z postępowania] [W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem przez ofertę waloru stanowczości...] [..brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp]. Podobne stanowisko wyraziła KIO w nieco starszym rozstrzygnięciu tj. wyroku z dnia 9 stycznia 2009r. KIO/UZP 1482/08, który stanowi, iż „[W przypadku wpłaty wadium w pieniądzu na rachunek bankowy, Zamawiający posiada w dyspozycji kwotę przez cały okres związania ofertą, a zatem wykonawcy nie muszą dokonywać żadnych dodatkowych czynności...]”[... Wykonawca wnosząc wadium zabezpiecza ofertę w konkretnym postępowaniu. W przypadku formy pieniężnej środki wpłacane są na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego w celu zabezpieczenia złożonej oferty w konkretnym postępowaniu. Ponieważ wadium zabezpiecza ofertę w okresie jej związania, to w przypadku zawieszenia biegu terminu związania ofertą wadium w formie pieniężnej obejmuje również ten okres i nie wymaga składania dodatkowego oświadczenia przez wykonawcę, który złożył ofertę zabezpieczoną wadium.”...]*
- Odwołujący podkreślił, iż w przedmiotowej sprawie ewidentnie dał wyraz woli przedłużenia oferty do czasu ostatecznego zakończenia postępowania, z ostrożności procesowej wskazując, iż w wyroku z dnia 7 stycznia 2010r. sygn.. akt KIO/UZP 1581/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *„[art 94 ust. 1 ustawy nie obligeuje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór, jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania ofertą.]”*. Podobnie w wyroku z dnia 15 czerwca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1070/10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *„[W konsekwencji zatem*

przekroczenie tego terminu (terminu związania ofertą) nie może być oceniane jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.]”

- *Odwołujący podał, że art. 85 ustawy nie określa jaka forma jest wymagana dla wykonawcy wyrażającego wolę przedłużenia terminu związania ofertą. Mając na względzie art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przedmiotowym przypadku posiłkować należy się art. 60 Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którym z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył wyrok KIO/UZP z dnia 9 maja 2008r [KIO UZP 401/08], gdzie Izba wyraźnie wskazała, że „[...]odwołujący poprzez złożenie gwarancji wadialnych złożył dorozumiane oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, gdyż gwarancja wadialna dotyczy oferty, a nie innych dokumentów...” oraz „[...]W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nadal legitymuje się ważną ofertą, prawidłowo zabezpieczoną wadium, dlatego też Zamawiający ma obowiązek wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2008 roku nakazujący dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.”...]*
- *Odwołujący podkreślił, że nie ulega wątpliwości, iż prawidłowo wyrażona gwarancja wadialna zawiera informacje, które pozwalają na jednoznaczne odczytanie woli wykonawcy. W treści art. 85 ust. 3 ustawy użyto słów „Odmowa wyrażenia zgody ...”, - co "a contrario" pozwala wnosić, iż brak takiej odmowy, oraz złożenie dokumentu gwarancji wadialnej są równoznaczne z wyrażeniem zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.*
- *Odwołujący podał, że zgodnie z uchwałą KIO/KD 44/11 z dnia 24 maja 2011 r., “[...] wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium...]* Takie stanowisko potwierdza też opinia Urzędu Zamówień Publicznych, znajdująca się w Informatorze UZP z kwietnia 2012r., z której to wynika, iż „z uwagi na cel i istotę wadium, powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą.”. W wyroku z dnia 25 lipca 2008r. KIO/UZP 714/08 Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż brak wadium na pełny okres związania ofertą zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp., co a contrario oznacza, iż istnienie takiego wadium zabezpiecza ofertę

na cały okres jej trwania. Takie też stanowisko przyjął też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 maja 2007r., sygn. akt. XIX Ga 194/07, zgodnie z którym *[...„złożenie wadium - w postaci gwarancji bankowej ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli per facta concludentia związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej”. ...]*.

- Odwołujący zwrócił uwagę na funkcję jaką pełni wadium. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2010 r. [KIO/UZP 1000/10], jest nią zabezpieczenie zapłaty określonej sumy [przez wykonawcę na rzecz zamawiającego] przez cały okres związania ofertą. Zdaniem Izby *[...„w związku z rolą, jaką odgrywa - wadium musi być ważne przez cały okres związania ofertą...Istnieje związek funkcjonalny pomiędzy terminem związania ofertą a wadium. Wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą... Gdy wykonawca przestaje być związany swoją ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium”...]*.
- Odwołujący podkreślił, że wobec powyższego, należy uznać, że przedłużenie ważności gwarancji wadium jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w innym przypadku czynność tę należałoby uznać za bezcelową. Również w wyroku [KIO/UZP 706/08] z dnia 24 lipca 2008 roku Krajowa Izba odwoławcza przyjęła, iż *[...kwota pozostająca w dyspozycji Zamawiającego ponad wszelką wątpliwość zabezpiecza jego interesy na wypadek wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o której mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, a trudno uznać, że wolą wykonawcy, który złożył ofertę, skutecznie korzystał w postępowaniu ze środków ochrony prawnej, przedłużył termin związania ofertą nie było jednocześnie, aby wadium nie zabezpieczało oferty, której ważność przedłużył. Nadto Odwołujący nie żądał zwrotu wniesionego przez siebie wadium.]* Wszystkie powyższe rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają, zdaniem Odwołującego, naruszenie przez Zamawiającego 85 ust. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.
- Odwołujący podał, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nie dokonanie należytej oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zignorował informacje o złożeniu przez w/w Wykonawcę dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje mające

wpływ na wynik postępowania. Nie odrzucenie, jako nie spełniającego warunków SIWZ - sklepu przy ul. Słowackiego 2 mimo, że w sklepie głównym asortymentem jest alkohol i słodycze a w lodówce znajduje się jedynie mleko, ser żółty i pasztet jest jawnym dowodem na potwierdzenie poprawności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że za kuriozalny należy uznać fakt, iż Zamawiający pomimo uzyskania informacji potwierdzających podanie przez Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania, uznał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, pomimo, iż dysponował dokumentami wskazującymi na posłużenie się nieprawdziwymi informacjami. Ocena ofert dokonywana jest na dzień składania ofert, co w przedmiotowej sprawie oznacza na dzień 5 sierpnia 2013r. Jeżeli zatem dokumenty służące do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dołączone do oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie spełniały wymagań SIWZ, nie mogły zostać uzupełnione po otwarciu ofert. W wyroku z dnia 2 grudnia 2013r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż na dzień składania ofert Kawiarnia Quatro nie spełnia warunków określonych w SIWZ a zatem słusznie Zamawiający nie zakwalifikował tej placówki dokonując oceny oferty Odwołującego. SIWZ i uznana do oceny oferty Sodexo. Taka sama sytuacja jak powyżej ma miejsce z Barem Stampol w Jawiszowicach, przy ul. Łęckiej 1. Na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2013 r., Bar Stampol nie spełnia wymogów określonych SIWZ i zdaniem składu orzekającego Zamawiający miał podstawy, by nie zakwalifikować tej placówki dokonując oferty Odwołującego. Jeżeli zatem wskazane placówki na dzień 5 sierpnia 2013r. nie spełniały warunków SIWZ dla oceny oferty Odwołującego, to stan ten bezwzględnie nie uległ zmianie i stosownie do orzeczenia KIO w sprawie sygn. akt 2655/13 i 2658/13 placówki te nie mogą zostać uznane za spełniające warunki. Jeśli zaś Zamawiający zakwalifikował Wykonawcy SODEXO kawiarnię Quatr jak i Bar Stampol, te placówki powinny być również zaakceptowane Odwołującemu. Takie postępowanie Zamawiającego świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy i ignorancji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do tego samego stanu faktycznego i prawnego. Dodatkowo Zamawiający uznał do oceny ofert inne placówki Wykonawcy, które bezsprzecznie nie spełniają definicji tak placówki gastronomicznej jak i placówki handlowej określonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiającego. Zamawiający uznał Wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie placówki takie jak: Cukiernią Skidziń, sklep przy ul.

Jagiełły 46, Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K..... przy ul. Piastowskiej, które nie powinny zostać zakwalifikowane do oceny ofert, gdyż oświadczenia o dysponowaniu tymi placówkami jakie dołączył do oferty Wykonawca Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie były pozbawione podpisów właścicieli placówek czy osób przez nich upoważnionych. Jak wynika z powyższego, ilość placówek jaką powinien Zamawiający zaakceptować Wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, to co najwyżej 67.

- Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zakwalifikował wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie placówkę Kebab przy ul. Mickiewicza 4 , której to placówki nie zaakceptował Odwołującemu. Dodatkowo Odwołujący pragnie wskazać, iż Zamawiający zakwalifikował wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie placówkę Kebab przy ul. Mickiewicza 4. Takie działanie jest ewidentnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Wobec powyższego bezwzględnie Bar Kebab powinien być podczas oceny ofert Odwołującego zakwalifikowany jako placówka spełniająca wymogi SIWZ, co daje Odwołującemu już co najmniej 70 punktów akceptacyjnych.
- Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez jego niezastosowanie i w związku z tym niewykluczenie Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawca ten złożył bowiem do swej oferty niepodpisane oświadczenia właścicieli placówek, które zostały uzupełnione dopiero po otwarciu ofert. Niespełnienie wymogów może polegać na nieprzedłużeniu dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego a żądanych zgodnie z prawem, jak też i na ich przedłożeniu niezgodnie z wymogami lub z błędami merytorycznymi czy formalnymi, podziałanie SODEXO było ewidentnym działaniem celowym i, zawinionym z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu celem uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący przytoczył wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. ,11 CKN 10095/99, zgodnie z którym pojęcie prawda powinno być rozumiane tak jak w języku potocznym czyli jako zgodność [adekwatność] myśli [wypowiedzi] z rzeczywistością [z faktami i danymi]" *„Innymi słowy pojęcie nieprawdziwych informacji może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych przez wykonawców*

oświadczeń wiedzy". Niewątpliwie więc oświadczenia złożone przez SODEXO BENEFITS AND REWARDS POLSKA Sp. z o.o. nie były oświadczeniami zgodnymi z prawdziwym stanem rzeczywistości. W razie stwierdzenia przez Zamawiającego, że wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, niemożliwe jest zastosowanie art. 26 ust. 3. Zgodnie z art. 26 ust. 3 podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować". Dokumenty przedłożone przez Wykonawcę Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zostały w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego antydatowane, co jest działaniem bezprawnym, które stanowi przestępstwo zagrożone sankcją karną art. 297 k.k. a to ewidentnie potwierdza tylko fakt, iż fałszywe oświadczenia nie powinny być w ogóle brane przez Zamawiającego pod uwagę przez co bezsprzecznie naruszył 24 ust. 2 pkt. 4, ale też art. 7 ust 1 ustawy. Jak wskazuje bowiem doktryna, celem bowiem art. 297 K.k. jest ochrona określonych uczestników obrotu gospodarczego, w jakich zakres wchodzi także podmioty dysponujące środkami publicznymi, przed nieuczciwymi praktykami w zakresie wydatkowania przez nich środków finansowych. Przedmiotem czynu sprawcy stanowiącego przestępstwo z art. 297 § 1 K.k. jest nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wsparcia finansowego Dobrem prawnie chronionym przez art. 297 § 1 K.k. jest więc również zamówienie publiczne. Celem art. 297 K.k. w przypadku zamówień publicznych jest ochrona określonych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed nieuczciwymi praktykami w zakresie udzielania zamówień publicznych. Reasumując bezwzględnie z popełnieniem przestępstwa z art. 297 § 1 K.k. mamy czynienia wtedy gdy Wykonawca przedłoży fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne pisemne oświadczenia. Przepis art. 297 § 1 K.k. dotyczy podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu, a więc przedmiotu lub zapisanego nośnika informacji, który pozornie wykazuje cechy dokumentu, lecz faktycznie i formalnie dokumentem nie jest W przypadku art. 297 § 1 K.k. przedkładanie fałszywych dokumentów jest równoznaczne z ich użyciem.

Dokument przerobiony to dokument, któremu osoba nieuprawniona nadała inną treść od treści pierwotnej co oznacza również antydatowanie. Wykonawca Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie mimo, iż nie spełnił wymogów udziału w postępowaniu nie został z niego wykluczony co nie tylko narusza art. 24 ust. 2 pkt. 4, ale też art. 7 ust 1 ustawy, bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało w sposób naruszający zasadę zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Reasumując, oferta Odwołującego zawierająca 70 placówek spełniających wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na ewidentne naruszanie przez Zamawiającego postulatu szybkości postępowania o zamówienie publiczne, który jest kierunkiem działania pożądanym przez ustawodawcę. Taki też powinien być cel Zamawiającego, pragnącego zrealizować zadanie w przyjętych terminach i przy wykorzystaniu najkorzystniejszej oferty, co w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca. Przyczynia się to nie tylko do pokrzywdzenia sytuacji ekonomicznej wykonawców, ale też narusza ogólne zasady ekonomiki procesowej.

IV. Do obu postępowań odwoławczych przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

V. Zamawiający na rozprawie wnosił o odrzucenie odwołania złożonego przez Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie, jako złożonego przez podmiot nieuprawniony z uwagi na upływ terminu związania ofertą [art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy], względnie - oddalenie obu odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁAŃ

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oddalono wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania złożonego przez Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie, jako złożonego przez podmiot nieuprawniony z uwagi na upływ terminu związania ofertą [art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy]. Uznano, że upływ terminu związania ofertą, stanowiący zarazem powód wykluczenia Odwołującego

z postępowania, winien być rozpatrzony w ramach podstawy kwestionowanej czynności Zamawiającego w sposób merytoryczny.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że obaj wykonawcy, których odwołania podlegają rozpatrzeniu, posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W razie potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniach odpowiednich Odwołujących, każdy z nich będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

[1] Każde z odwołań podlegało rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynikał z podniesionych zarzutów. 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 bowiem z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

[2] Przedmiotowe postępowanie jest kontynuowane po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2013 r. w spr. KIO 2655/13 i 2658/13. Dla oceny podniesionych zarzutów musiała mieć zatem znaczenie wcześniejsza ocena dokonana w tym postępowaniu: zarówno wynikająca z zakreślenia określonego rozumienia pojęcia artykułu spożywczego, która wpływała następnie na definicję punktu handlowego, następnie ocena w zakresie dopuszczalności uzupełnienia wadliwych oświadczeń dotyczących poszczególnych lokali, jak i ta, która odnosiła się jednostkowo do określonych placówek wskazanych w odpowiednich odwołaniach [przykładowo, kawiarnia Quatro, bar Stanpol]. Jak stanowi bowiem art. 189 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy, podlega odrzuceniu odwołanie, w którym odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się a także odwołanie, dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Na ocenę zarzutów podniesionych w odpowiednich odwołaniach musiała wreszcie wpływać okoliczność, czy dotyczyły one tych placówek, które nie były objęte wcześniejszymi

odwołaniami i na które nie rzutowała narzucona przez skład orzekający w wyroku definicja artykułu spożywczego i punktu handlowego. W takim bowiem wypadku, gdy zarzuty dotyczyły placówki, co do której ocena przez Zamawiającego w ramach oceny ofert z dnia 6 listopada 2013 r. nie uległa zmianie i co do której we wcześniejszych odwołaniach nie podniesiono jakichkolwiek zarzutów, zarzuty należało uznać za spóźnione. Jak wynika bowiem z art. 182 ust. 1, odwołanie wnosi się w terminie 5 lub 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, odrzuceniu podlega odwołanie złożone po upływie terminu określonego w ustawie.

Ustawa nie zna odrzucenia części odwołania, ale w takim wypadku, zarzuty, co do których zachodzą podstawy do odrzucenia, gdyby stanowiły one przedmiot samodzielnego odwołania – nie mogą być rozpatrywane.

IV. ODWOŁANIE GÓRNOŚLĄSKIEGO KONSORCJUM HANDLOWEGO – KIO 276/14.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego LEMARO E. i M. O..... Sp. j. w Rybniku, A. C..... i K. O..... „DARK” Firmę Handlowo Usługową Sp. j. w Rybniku, R..... Z....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „WIKTOR” R..... Z..... w Rybniku [zwani Górnośląskim Konsorcjum Handlowym].

[1] W odniesieniu do zarzutów kierowanych wobec oferty wybranego wykonawcy, to jest Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie:

Odwołujący zakwestionował w ofercie Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie sześć placówek tego wykonawcy, z różnych powodów. Poddając ocenie zarzuty podniesione wobec oceny oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, podkreślenia wymaga kilka uwag, aktualnych również wobec odwołania Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie.

Po pierwsze, zauważyć trzeba, że sposób rozumienia placówki gastronomicznej i handlowej przesądziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 grudnia 2013 r. w spr. KIO 2655/13 i 2658/13, dokonując kluczowego dla interpretacji tych pojęć wyjaśnienia definicji artykułu spożywczego. Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanym orzeczeniu ustaliła bowiem m.in., że „o ile zamawiający zdefiniował w SIWZ pojęcie samej placówki

handlowej (placówka prowadząca działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w pomieszczeniu, którego wnętrze jest dostępne dla ogółu konsumentów tzn. pomieszczeniu znajdującym się wewnątrz placówki handlowej, do którego konsument musi mieć możliwość wejścia, czynną co najmniej przez wszystkie dni robocze. Do placówek handlowych nie zalicza się ruchomych punktów sprzedaży detalicznej i automatów sprzedażowych), o tyle nie zdefiniował, nie doprecyzował użytego w definicji placówki handlowej pojęcia „artykuły spożywcze”. Co więcej, w definicji placówki handlowej zamawiający w ogóle nie posłużył się pojęciem „odpowiedniego posiłku profilaktycznego”, które w toku rozprawy eksponował jako kluczowe. Wbrew twierdzeniom zamawiającego brak jest podstaw, aby postanowienia SIWZ odczytywać łącznie z art. 232 kodeksu pracy oraz przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, ponieważ taki sposób interpretacji SIWZ z jej treści nie wynika, a nadto jest zbędny w świetle oświadczenia zamawiającego zawartego w pierwszym zdaniu Szczegółowego Opisu Przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) zgodnie, z którym przedmiot zamówienia został przez zamawiającego opisany w oparciu o wskazane rozporządzenie. Podkreślenia wymaga, że to zamawiający, będąc pracodawcą zobowiązany do wywiązania się z obowiązku nieodpłatnego zapewnienia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych posiłków, wypełniając obowiązek nałożony przepisem art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, winien w SIWZ zawrzeć opis przedmiotu zamówienia, sporządzony z poszanowaniem reguł wskazanych w art. 29 ustawy Pzp, a jednocześnie z uwzględnieniem adresowanych do zamawiającego jako pracodawcy przepisów ww. rozporządzenia w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Zdanie pierwsze Załącznika nr 1 do SIWZ potwierdza, że tak właśnie swoją powinność (uwzględnienie przy opisie przedmiotu zamówienia przepisów rozporządzenia) pojmował zamawiający. Wobec braku zdefiniowania pojęcia „artykuł spożywczy” w SIWZ, a nadto stosowania przez zamawiającego w SIWZ różnych pojęć, tj. poza pojęciem „artykuł spożywczy” (w definicji placówki handlowej), także pojęcia „produkt spożywczy” (w Rozdziale IX pkt 2 SIWZ) nie można odmówić odwołującemu rozumienia artykułu/produktu spożywczego w sposób zgodny z rozumieniem zbliżonego pojęcia, tj. środka spożywczego, wynikającym z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia.” Oznacza to tyle, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2013 r. dokonując interpretacji pojęcia artykuł/środek spożywczy nadała odmienne od przyjętego przez Zamawiającego znaczenie pojęcia placówki handlowej. To zaś skutkowało, że Zamawiający zobligowany był do znaczącego przeklasyfikowania placówek podawanych przez wykonawców – celem uwzględnienia wytycznych wynikających z tego wyroku. Nie sposób więc mówić, by Zamawiający dokonał niedozwolonego przekwalifikowania placówek w ofercie Sodexo Benefis and Rewards

Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie placówek gastronomicznych na handlowe [taki zarzut Odwołujący postawił wobec ujętej w *poz. 70 kawiarni Quatro*]. Przeciwnie, przy wynikającej z wyroku Krajowej izby Odwoławczej interpretacji pojęcia artykuł spożywczy, zmianie ulec musiało rozumienie placówki handlowej: placówki które Zamawiający uznawał przy pierwszej ocenie ofert za niespełniające definicji ani placówki gastronomicznej – z uwagi na zbyt małą ilość oferowanych potraw gorących lub ilość miejsc siedzących, ani handlowej – z powodu sprzedaży produktów, które Zamawiający uznał za niebędące artykułami spożywczymi, w świetle wskazanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej należało traktować jako placówki handlowe. Zarzuty zawarte w odwołaniu Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego, wskazujące na niedopuszczalne przekwalifikowanie placówek gastronomicznych na handlowe należy w tych okolicznościach uznać za wyrażające polemikę z treścią wskazanego orzeczenia. Odwołujący nie kwestionował natomiast tego wyroku, co powoduje, że na obecnym etapie Zamawiający przy dokonywanej ponownie ocenie ofert był związany wytycznymi i oceną wynikającą z tego wyroku. Stąd trzy placówki w ofercie Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [pozycje 70, poz. 58, poz. 43], traktowane wcześniej jako gastronomiczne, mogły i musiały być w ramach ponowionej oceny ofert, zakwalifikowane jako handlowe. Podobnie co do pozostałych trzech placówek [pozycje 65, poz. 81 i poz. 85], Krajowa Izba Odwoławcza w poprzednio wydanym wyroku zaakceptowała praktykę uzupełniania umów co do placówek, które ujęte zostały w wykazie, ale nie były należycie udokumentowane.

Poddając następnie szczegółowej analizie poszczególne sześć zakwestionowanych przez Odwołującego placówek w ofercie Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, uznano, że:

1. Co do poz. 70 oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tj. baru Quatro – Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2013 r. ustaliła, że *„zamawiający zasadnie odmówił zakwalifikowania Kawiarni Quatro do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących potraw zgodnie z kartą menu, ponieważ, co wynika wprost z oświadczenia z dnia 27 września 2013 r., na dzień 5 sierpnia 2013 r. kawiarnia ta nie miała w ofercie 5, a jedynie 4 ciepłe posiłki.”* [str. 22 uzasadnienia wyroku]. Nie oznacza to zatem, że ta placówka mogła być definitywnie przez Zamawiającego wyeliminowana, a jedynie tyle, że nie mogła być ona zaliczona jako placówka gastronomiczna. Zarzut postawiony wobec tej placówki przez Odwołującego, oparty na nieuznaniu w wyroku z 2 grudnia 2013 r. tych placówek abstrahuje całkowicie od powodów nieuznania tych placówek, jako

gastronomicznych z powodu braku odpowiedniej ilości ciepłych posiłków, co nie stało na przeszkodzie uznaniu jej za placówkę handlową. Następnie, uznanie placówek za handlowe było obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z przyjętej w innej części tego wyroku definicji artykułu spożywczego.

Ponadto, nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego, iż to wynikający z wpisu do rejestru działalności gospodarczej zakres tej działalności determinuje, czy placówka jest gastronomiczną czy handlową. Istotna jest rzeczywiście wykonywana działalność, to jest prowadzenie w danym lokalu sprzedaży określonego asortymentu. Rozważania, dotyczące zakresu prowadzonej działalności ujętej we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie mają bowiem żadnego znaczenia dla ustalenia, czy placówka jest gastronomiczną czy handlową. Informacje ujawnione w rejestrze działalności gospodarczej mają jedynie znaczenie dla celów statystycznych i informacyjnych, zaś istotą prowadzenia działalności gospodarczej jest jej swoboda - zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 672, 675, 983, 1036, 1238, 1304, 1650], podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Tym samym, przedsiębiorca ma możliwość prowadzenia dowolnej działalności gospodarczej, chyba że jej prowadzenie jest obwarowane koniecznością uzyskania koncesji lub zezwolenia. Określenie przedmiotu działalności w rejestrze działalności gospodarczej nie może świadczyć o tym, że dany przedsiębiorca ma zakaz prowadzenia innej działalności niż w nim określona [tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt: Ga 3/07].

2. W odniesieniu do poz. 58 oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tj. bar Kebab:

Nie jest zasadnym wniosek Odwołującego o bezpodstawnym zaliczeniu tej placówki jako gastronomicznej. Podobnie jak w odniesieniu do kawiarni Quatro opisanej w poz. 70 oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w myśl wytycznych wynikających z wyroku z 2 grudnia 2013 r., placówka ta, nie mogąc być uznana za gastronomiczną mogła być zaliczona jako handlowa.

3. W odniesieniu do poz. 43 oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tj. Bar Stanpol w Jawiszowicach:

Odwołujący w odniesieniu do tej placówki podniósł, że została ona w uznana za niespełniającą wymogów SIWZ. Podkreślenia jednak wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2013 r. ustaliła, że „zamawiający zasadnie odmówił zakwalifikowania Baru Stanpol do placówek gastronomicznych, które spełniają ujęte w definicji placówki gastronomicznej wymogi, w tym co do przygotowywania i sprzedaży co najmniej 5 gorących

potraw zgodnie z kartą menu, ponieważ, co wynika wprost z oświadczenia z dnia 20 września 2013 r., na dzień 5 sierpnia 2013 r. Bar Stanpol w Jawiszowicach ul. Łęcka 1 nie miał w ofercie ciepłych posiłków.” [str. 16 uzasadnienia wyroku]”. Nie oznacza to jednak, że ta placówka musiała być definitywnie przez Zamawiającego wyeliminowana, a jedynie tyle, że nie mogła być ona zaliczona jako placówka gastronomiczna. Nie jest więc zasadną teza, jaka wynika z treści postawionego zarzutu, że ta placówka została uznana w wyroku z dnia 2 grudnia 2013 r. za niespełniającą wymagań SIWZ. Z tego wyroku – co potwierdza jego cytowany fragment – wynika tylko tyle, że nie powinna być ona potraktowana jako placówka gastronomiczna, co nie wyłączało zakwalifikowania jej jako handlowej, zaś – wobec zawarcia w innej części tego wyroku wytycznych co do rozumienia artykułu spożywczego – wręcz powinna być poddana analizie przez pryzmat nadanej tym wyrokiem definicji placówki handlowej, co też uczynił Zamawiający przy ponownym badaniu i ocenie ofert.

4. W odniesieniu do poz. 65 oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tj. Cukierni Skidziń, pozycji 81 sklep spożywczy w Jawiszowicach oraz poz. 87 Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K..... w Brzeszczu:

Co do placówek co do których Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie uzupełniła umowy, które zostały, w ocenie Odwołującego, antydatowane - podkreślenia wymaga, że zarzut analogicznej treści został podniesiony w odwołaniu złożonym przez wykonawcę Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie w dniu 15 listopada 2013 r. oraz rozstrzygnięty przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 2 grudnia 2013 r., gdzie Izba podała: *„Zarzut odwołującego II zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Jedynym argumentem, który wskazał odwołujący II, a który miał przesądzać o tym, że wskazany wykonawca „ewidentnie nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu” był fakt, że złożył on „nie podpisane oświadczenia właścicieli placówek, które zostały uzupełnione/wypełnione po otwarciu ofert”. Wobec powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu (tzw. warunki podmiotowe) oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania został zawarty w Rozdziale VI i VII SIWZ. Żaden ze wskazanych tam warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji żaden z dokumentów nie dotyczy oświadczeń składanych przez właścicieli placówek. Na tej podstawie skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia ww. wykonawcy z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenia właścicieli placówek zostały wskazane przez zamawiającego w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ, jednak nie na*

potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, ale na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez zamawiającego w Załączniku nr 1 (tzw. warunki przedmiotowe). Skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w Rozdziale XIV pkt 2 SIWZ opisał postępowanie „naprawcze” (z zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) które wdroży w przypadku, gdy na dzień składania ofert stwierdzi błędy w wykazie placówek handlowych / gastronomicznych któregośkolwiek wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, aby uzupełnienie podpisów pod oświadczeniami właścicieli placówek nie mogło zostać objęte wskazanym postępowaniem, pozostawiając swoje twierdzenie o zaniechaniu przez zamawiającego uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp gołosłownym.”

Ta ocena złożonych przez Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie dokumentów, jest więc zgodna z wydanym w dniu 2 grudnia 2013 r. wyrokiem.

Oznacza to także, że tego rodzaju zarzuty należy uznać zarówno za niedopuszczalne jak i za spóźnione na obecnym etapie: część placówek objętych tym zarzutem i w jego kontekście była poddana analizie we wskazanym wyroku, część zaś była zaliczona w ramach pierwszej oceny ofert z 6 listopada 2013 r. i ich ocena nie uległa zmianie.

Ponadto, takie postępowanie Zamawiającego jest zgodne z SIWZ. Zamawiający w SIWZ przewidział bowiem swego rodzaju „postępowanie naprawcze”, zakładające rewizję zawartości wykazu placówek. I tak, w rozdziale XIV SIWZ, pt.: Kryteria oceny oferty, Zamawiający podał w pkt 2, że: *Zamawiający, w przypadku stwierdzenia - wg stanu na dzień otwarcia ofert - błędów w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych, wdroży:*

- a) postępowanie przewidziane dyspozycjami art. 26 ust 3 i 4 uPzp, gdy Wykonawca nie spełnia warunku co do minimalnej ilości placówek wymaganej w SIWZ,*
- b) postępowanie wyjaśniające przewidziane dyspozycją art. 87 ust 1 uPzp, gdy Wykonawca spełnia warunek co do minimalnej ilości placówek wymaganej przez Zamawiającego, a następnie skoryguje wykaz placówek nie uznając placówek w następujących przypadkach:*
 - a) braku wymaganych w SIWZ pkt IX ppkt 3) dokumentów,*
 - b) placówka jest niezgodna z definicją placówki handlowej/ gastronomicznej, określoną w pkt 4) załącznik nr 1 SIWZ;*
 - c) placówka jest remontowana,*
 - d) placówka została przeniesiona pod inny niż wskazany w wykazie adres,*
 - e) placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych nie istnieje;*
 - f) ta sama placówka została ujęta w kilku pozycjach wykazu (Zamawiający uzna tylko jedną placówkę);*

g) placówka ujęta w wykazie placówek handlowych/ gastronomicznych została zlikwidowana.

W sytuacji, gdy w wyniku dokonanej weryfikacji ilości placówek zachodzić będą przesłanki wynikające z art. 24 ust 2 pkt 3) uPzp, Zamawiający dokona czynności zgodnie z dyspozycją ww. artykułu ustawy.

Tym samym, zasadnym jest wniosek, że z SIWZ wynika dopuszczenie możliwości uzupełnienia dokumentów, dotyczących placówek ujętych w wykazie. Nie mamy tu więc do czynienia ze zmianą oferty po terminie składania ofert, skoro decydujący jest wykaz, w stosunku do którego następnie może nastąpić weryfikacja podanych placówek.

Potwierdza tę ocenę wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lipca 2013 r. w spr. KIO 1658/13, dotyczący analogicznego z zastrzeżeniem pkt a) Rozdziału XIV pkt b SIWZ, postanowienia SIWZ.

Tym samym wnioskowanie, by tego rodzaju działanie Zamawiającego było niedopuszczalne – nie zasługuje na aprobatę.

Powyższe skutkuje uznaniem, że nie potwierdził się stawiany w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowo udokumentowane dysponowanie przez wykonawcę placówkami gastronomicznymi i handlowymi nie może być więc traktowane jako złożenie nieprawdziwych informacji, skutkujących obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, jak również – wbrew postawionemu w tej mierze zarzutowi naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie może być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

[2] W zakresie zarzutów, dotyczących oceny własnej oferty Odwołującego – nieuznania placówki ujętej w poz. 11:

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut, dotyczący nieuwzględnienia w ofercie Odwołującego placówki z poz. 11, to jest P.P.H.U. M..... W..... W....., Jawiszowice, ul. Handlowa 3. Bezsparnie, Zamawiający nałożył w postępowaniu wymóg, by placówki były czynne co najmniej we wszystkie dni robocze. Z uzyskanych przez Zamawiającego od właściciela tej placówki informacji wyraźnie wynika, że jest ona nieczynna w poniedziałki. Zamawiający uzyskał oświadczenie właściciela tej placówki oraz sporządził notatkę służbową na powyższą okoliczność [str. 67 i 68 dokumentacji] a także uzyskał dokumentację fotograficzną tabliczki informującej o godzinach, kiedy jest ona czynna [str. 69-70 dokumentacji]. Wynika z nich, że placówka jest czynna od wtorku do piątku; nie jest czynna w poniedziałki. Nie potwierdza tezy odmiennej złożone ma rozprawie przez Odwołującego oświadczenie właściciela placówki, z którego wynika tylko, że w poniedziałki można składać zamówienia. Podkreślenia wymaga, że to, że placówka ma być, zgodnie z SIWZ, czynna we

wszystkie dni robocze oznacza możliwość dokonania zakupu lub konsumpcji w dni robocze, a nie złożenie zamówienia.

Zgodzić się trzeba przy tym z oceną dokonaną przez Zamawiającego, iż nie zachodzi potrzeba podejmowania przewidzianych w Rozdziale XIV pkt 2 SIWZ czynności zmierzających do wyjaśnienia tej kwestii. Bezsprzecznie, placówka nie jest czynna w poniedziałki, co Zamawiający ustalił w sposób empiryczny, co z kolei czyniło zbędnym wyjaśnianie tej sprawy. Potwierdza powyższe złożone przez Odwołującego na rozprawie oświadczenie właściciela placówki. W świetle ustalonego, z uwzględnieniem tego oświadczenia, stanu sprawy, wynik takiego wyjaśnienia mógłby być co najwyżej taki, jaki wynika ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia, co także nie pozwala na zaliczenie spornej placówki.

Powyższe powodowało, że powyższy zarzut nie zasługiwał na akceptację.

V. ODWOŁANIE WASZA ŻYWIENIOWA SP. Z O.O. W WARSZAWIE – KIO 302/14.

[1] w zakresie zarzutów wskazujących na nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania:

W sprawie ustalono, że w dniu 5 sierpnia 2013 r. nastąpił termin składania i otwarcia ofert. Zamawiający określił w SIWZ 60-dniowy termin związania ofertą, który wobec Odwołującego upłynął 3 października 2013 r. W dacie 26 września 2013 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy, Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą [str. 519 dokumentacji] o dalsze 60 dni, na co pismem z 30 września 2013 r. wykonawca przedłużył termin związania ofertą oraz wadium w formie pieniężnej o dalsze 60 dni. Zatem termin związania ofertą upływał 2 grudnia 2013 r. W dacie 14 listopada 2013 r. wniesiono w postępowaniu odwołanie wobec unieważnienia przez Zamawiającego postępowania. Wobec tej czynności Zamawiający w dniu 13 listopada 2013 r. zwrócił – w myśl art. 46 ust. 1 ustawy – wadium, które zostało przelane na rachunek Odwołującego w dacie 15 listopada 2013 r. W związku z postępowaniem odwoławczym termin związania ofertą Odwołującego uległ przesunięciu i upłynął dnia 21 grudnia 2013 r. [art. 182 ust. 6 ustawy]. Tym samym w dniu 21 grudnia 2013 r. upłynął wobec Odwołującego Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie termin związania ofertą. Odwołujący od tego czasu nie złożył samodzielnie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, nie dokonywał także innych czynności, jak np. wpłacenie ponowne wadium [takiej czynności dokonał samodzielnie wykonawca Górnośląskie Konsorcjum Handlowe].

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, kwestionowaną czynność Zamawiającego należało uznać za uprawnioną.

Dostrzeżenia wymaga, że kwestia skutków upływu terminu związania ofertą jest różnie postrzegana, stosownie do konkretnego stanu faktycznego. Wyrażane są poglądy, że w takim wypadku wykonawca nie jest już uczestnikiem postępowania a jego odwołanie jest złożone przez podmiot nieuprawniony – taką perspektywę prezentował także Zamawiający składając wniosek o odrzucenie odwołania, powołując się na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 w spr. KIO 2288/13 wydane we własnym postępowaniu [Zamawiający pominął jednak, że zostało ono zaskarżone]. Wyrażane są też stanowiska, że wykonawcy nie można przypisać interesu w uzyskaniu zamówienia [wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie KIO 1060/13, z dnia 28 lutego 2014 r.] albo, że nie może on ponieść szkody, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy [wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r. w spr. KIO 109/13].

Dostrzegane jest również, że istnienie oświadczenia o związaniu ofertą a także brak przerwy w terminie tego związania ma wielką doniosłość prawną - w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2013 r. w spr. KIO 2537/13 wskazano: *„Odnosząc się do ostatniej części dyspozycji wskazanego przepisu wskazać należy, iż w ocenie I., znajduje on swoje zastosowanie w dwóch przypadkach i zakresie tych dwóch przypadków może zachodzić okoliczność do wykluczenia wykonawców. Powyższy przepis znajduje bowiem swoje odniesienie (nie wprost) do sytuacji opisanej w przepisie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i sytuacje te należy traktować identycznie. Skoro bowiem wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wezwanie zamawiającego, to brak wyraźnego oświadczenia wykonawcy w powyższym zakresie skutkuje taką samą sankcją. Nie jest bowiem możliwa sytuacja różnego traktowania wykonawców, uzależniona od dokonania czynności przez zamawiającego. Ustawodawca dopuszczając alternatywny sposób przedłużania terminu związania ofertą nie dopuścił alternatywnego wykluczania wykonawców z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Sankcja przewidziana przez ustawodawcę jest bowiem jedna. Dlatego też, w ocenie I., sytuację braku samodzielnego (przez wykonawcę) przedłużenia terminu związania ofertą należy utożsamić z sytuacją braku wyrażenia zgody (przez wykonawcę) na przedłużenie terminu związania ofertą. Obydwie sytuacje prowadzą bowiem do ostatecznego efektu - braku związania ofertą. Brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonania jej oceny, a tym samym ewentualnego wyboru, jako najkorzystniejszej. Izba podziela ugruntowane już orzecznictwo, iż odmienna sytuacja występuje, gdy oferta już wybrana przestaje wiązać, co nie wyklucza możliwości zawarcia umowy z wykonawcą składającym taką ofertę, oczywiście po wyrażeniu przez tego wykonawcy zgody, na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie.”*

W orzecznictwie kwestia ta jest także postrzegana, stosownie do okoliczności konkretnej sytuacji, jako nie skutkująca automatycznym wykluczeniem wykonawcy. Wskazuje

się, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, a także odrzucenia oferty, w warunkach, gdy inne czynności wykonawcy [przedłużenie wadium, prowadzenie postępowania odwoławczego] wskazują na dalsze zainteresowanie wykonawcy udziałem w postępowaniu, co nawiązuje do dorozumianego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Pogląd taki wyrażono w uzasadnieniach wyroków z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 655/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 21 maja 2013 r. w spr. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała, że *„upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne.”*

Szczególne znaczenie mają dwa orzeczenia Sądów Okręgowych. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie, z dnia 16 lutego 2011 r. wydanym w sprawie sygn. akt VI Ga 192/10, podkreślono, że *„zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. (...) Albo zamawiający z możliwości*

przewidzianej treścią art. 85 ust.2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta- na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja". Zamawiający realizując cel, jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego winien kierować się dążeniem do wyboru oferty zawierającej jak najniższą cenę, w tym podejmując działania zapobiegające upływowi terminu ważności wadium wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza i utrzymania ważności tej oferty w postępowaniu. Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r. w spr. IX Ga 392/13 w uzasadnieniu wyroku podkreślono, że nie ma podstaw by, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. W ocenie Sądu, przeciwnie, art. 24 ustawy ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Sąd uznał za prawidłowe wyrażone w skardze stanowisko, że zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 KC). W ocenie tego Sądu, wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. wydane w sprawie o sygnaturze akt VI Ga 192/10. Sąd uznał, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy. W ocenie Sądu, nie może budzić żadnych wątpliwości, że odwołując się wykonawca potwierdził wolę ubiegania się o udzielenie zamówienia, a zatem wyraził wolę związania złożoną ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza a także Sądy Okręgowe w opisanych sytuacjach, akceptujących wybór oferty, pomimo upływu terminu związania ofertą, podkreślały, że w rozpatrywanych sprawach nie można było mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie

związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał. Akcent w tych orzeczeniach, nie pozwalających na wykluczenie wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą jest zatem położony na zaniechanie przez zamawiającego wystąpienia na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy o przedłużeniu przez wykonawcę terminu związania ofertą, jako warunku późniejszego wykluczenia z postępowania.

W orzecznictwie podkreśla się również – na co zwrócił uwagę Odwołujący, przytaczając bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – że przedłużanie wadium może stanowić wyraz woli wykonawcy bycia dalej związanym ofertą w postępowaniu. Także Zamawiający w tym postępowaniu zdawał się prezentować powyższe stanowisko, skoro uznał – w odniesieniu do Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego, że na podstawie wniesienia samodzielnego, mimo braku takiego obowiązku po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wadium przez tego wykonawcę, przy braku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, wolą tego Konsorcjum jest dalsze związanie ofertą.

Przenosząc powyższe spostrzeżenia orzecznictwa i doktryny na grunt analizowanej sprawy podkreślenia wymagają następując okoliczności, mające znaczenie dla oceny kwestionowanej czynności Zamawiającego, które zarazem znajdują wyraz w poglądach dopuszczających wybór oferty, mimo nieprzedłużenia terminu związania ofertą:

- po pierwsze, w analizowanej sprawie nie można mówić o dorozumianym – poprzez przedłużenie wadium – przedłużeniu terminu związania ofertą. Odwołujący oparł argumentację odwołania o tezę, że przez cały czas w dyspozycji Zamawiającego pozostawało wadium. W zasadzie cała argumentacja odwołania akcentuje posiadanie przez Zamawiającego wadium wpłaconego przez Odwołującego, które ma potwierdzać trwanie woli bycia związanym ofertą przez Odwołującego. Tymczasem na rozprawie ustalono, że wadium zostało Odwołującemu zwrócone w dacie 15 listopada 2013 r. Zarządzono przy tym przerwę dla umożliwienia Odwołującemu zweryfikowania we własnym zakresie tej informacji, w tym ustalenia, czy po 15 listopada 2013 r. Odwołujący podejmował czynności związane z wniesieniem, przedłużeniem wadium, po czym Odwołujący podał, że istotnie, zwrot środków nastąpił 15 listopada 2013 r. jednak Odwołujący nie odnotował tego jako zwrotu wadium w postępowaniu. Odwołujący podał, że bierze udział w wielu postępowaniach prowadzonych przez Kompanię Węglową i z treści opisów operacji w przelewie nie wynika, że dotyczy to KW Brzeszcze, także kwota w opisie operacji wskazuje, że podany nr nie dotyczy postępowania, a zwracanej kwoty. Bezspornym jest jednak, że od 15 listopada 2013 r. Zamawiający nie dysponował już wadium Odwołującego i stan ten trwał do wyboru

oferty, to jest do 6 lutego 2014 r., a Odwołujący pozostawał w błędnym przekonaniu co do pozostawaniu środków z tytułu wadium na rachunku Zamawiającego. Obowiązek zwrotu wadium nie jest pozostawiony uznaniu zamawiającego a wynika wprost z przepisu art. 46 ust. 1 ustawy: Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ustawy.

- po drugie, nie można w tej sprawie wywodzić – za orzeczeniami Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie sygn. akt VI Ga 192/10 oraz Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r. w spr. IX Ga 392/13, że niedopuszczalność wykluczenia wykonawcy wynika, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, z zaniechania wystąpienia przez Zamawiającego na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą. Przeciwnie, Zamawiający w tym wypadku wystąpił do wykonawców o przedłużenie tego terminu i takiego przedłużenia Odwołujący w dniu 30 września 2013 r. dokonał. Natomiast w świetle powołanego przepisu, zamawiający może tylko raz wystąpić do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą i ta możliwość w przedmiotowym postępowaniu została wyczerpana.
- po trzecie, nie można przyjąć, że upływ terminu związania ofertą nie ma żadnego znaczenia dla wyboru oferty, a tym samym, że nie może skutkować wyeliminowaniem wykonawcy z postępowania. Faktem jest bowiem, że instytucja związania ofertą funkcjonuje w ustawie Prawo zamówień publicznych i ustawodawca, wymagając w kilku przepisach oświadczenia w tym przedmiocie, nadał temu zagadnieniu doniosłość prawną, przyjmując wreszcie, w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, że jest podstawą wykluczenia wykonawcy nie zgodzenie się na przedłużenie terminu związania ofertą [związane z wystąpieniem przez zamawiającego o takie przedłużenie], a także niewniesienie wadium na przedłużony termin związania ofertą. Uznano następnie, że kwestia terminu związania ofertą stanowi sferę treści oświadczenia woli. Oferta jest bowiem oświadczeniem wyrażającym wolę wykonawcy określonego świadczenia na rzecz zamawiającego [aspekt przedmiotowy], zaś termin związania ofertą wyznacza aspekt czasowy tego oświadczenia – czas, do którego upływu wykonawca jest zainteresowany nawiązaniem stosunku cywilnoprawnego z zamawiającym i do którego upływu jest zobligowany wstąpić w ten stosunek z zamawiającym. Gdyby miało być inaczej, ustawa wielokrotnie nie stawiałaby wymagania dotyczącego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a przeciwnie – dla bytu oferty w postępowaniu wystarczałoby złożenie w terminie

składania ofert akcesu przez wykonawcę. Ustawodawca przyjął jednak, że zainteresowanie wykonawcy uczestnictwem w postępowaniu ma charakter nie bezterminowy, a określony terminem. Ten termin wyznacza za pierwszym razem zamawiający [art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy, art. 60 e ust. 3, art. 75 ust. 2 pkt 11, art. 85 ust. 1, art. 85 ust. 1 ustawy], potem zaś termin ten przedłuża wykonawca samodzielnie albo za wezwanie Zamawiającego [art. 85 ust. 2 ustawy]. Ponadto, ustawa w art. 24 ust. 2 pkt 2 wskazuje, że wiedza zamawiającego, że wykonawca nie jest związany ofertą powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy. Odnosi się to do przesłanki nakazującej wykluczyć wykonawcę, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą [co odnosi się do sytuacji, gdy zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy do takiego przedłużenia], a także wykonawcę którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w wyniku rozstrzygnięcia przez KIO, który nie wniósł wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego [art. 46 ust. 3 ustawy], jak również wykonawcę, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert albo na przedłużony okres związania ofertą. Z tego przepisu – w części mówiącej o wykluczeniu z powodu nie wniesienia wadium do upływu terminu związania ofertą albo na przedłużony okres związania ofertą – wynika, że ustawodawca przyjął koncepcję, zgodnie z którą wadium ma charakter akcesoryjny wobec związania ofertą, skoro przepis mówi o wniesieniu wadium na przedłużony okres związania ofertą. Innymi słowy, wskazany przepis kładzie akcent na wniesienie wadium, przyjmując, że związanie ofertą jest fundamentem dla bytu oferty w postępowaniu. Potwierdza to brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą; jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Także ten przepis mówi wyraźnie o przedłużeniu wadium jako pochodnej i zależnej od terminu związania ofertą czynności. W oparciu o powyższe, zasadnym jawi się wniosek, że ustawodawca nadał oświadczeniu o związaniu ofertą doniosłość prawną; do kwestii związania ofertą odniósł obowiązek przedłużania wadium, a podstawę do wykluczenia powiązał z niewniesieniem wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeśli zaś przedłużenie wadium sprzężone zostało w ustawie z „aktualnym” oświadczeniem o związaniu ofertą [oświadczeniem o przedłużeniu terminu tego związania], to tym samym ustawodawca przyjął koncepcję, że byt wykonawcy w postępowaniu uzależniony jest od oświadczenia o związaniu ofertą [wyrażonego przy złożeniu oferty poprzez samo jej złożenie

i zaakceptowanie pierwotnego terminu związania ofertą wynikającego z SIWZ, a następnie przedłużanego na wezwanie zamawiającego albo samodzielnie przez wykonawcę]. Stąd nie sposób przyjąć, że brak oświadczenia o związaniu wykonawcy ofertą w postępowaniu nie ma jakiegokolwiek znaczenia i nie stanowi przeszkody dla wyboru oferty. Gdyby tak było, przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie przewidywałby wykluczenia wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą a także, który nie wniósł wadium na przedłużony na przedłużony okres związania ofertą.

- Po czwarte, uznać należy, że ustawodawca w art. 85 ust. 2 ustawy, wprowadził w postępowaniu o zamówienie publiczne zasadę zachowania równowagi pomiędzy działaniem zamawiającego, zainteresowanego sprawnym przebiegiem postępowania i wyborem najkorzystniejszej oferty, a działaniem profesjonalnego wykonawcy w celu realizacji jego interesu gospodarczego, jakim jest uzyskanie kontraktu. Przypomnienia wymaga bowiem, że postępowanie o zamówienie prowadzone jest w warunkach profesjonalnych, zaś działania każdego z jego uczestników muszą być rozpatrywane przez pryzmat staranności wymaganej w danych warunkach. Jeśli wziąć przy tym pod uwagę profesjonalny, wynikający z prowadzonej działalności gospodarczej charakter czynności wykonawcy, należy przyjąć, że koniecznym jest uchwycenie granic działań zamawiającego w interesie wykonawcy i za wykonawcę, przy jego bezczynności, tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie – w zakresie złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Granice te wyznaczą bowiem, kiedy zamawiający jest podmiotem prowadzącym w sposób bezstronny i obiektywny postępowanie o zamówienie między konkurującymi ze sobą wykonawcami – jak wymagają tego opisane w art. 7 ust. 1 i 3 zasady postępowania – a kiedy stanie się rzecznikiem danego uczestnika postępowania. Kwestię tę wyjaśnia przywołany art. 85 ust. 2 ustawy, który wyraźnie rozkłada obowiązki zamawiającego i wykonawcy. Przepis ten stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przepis nakazuje zamawiającemu zadbać o sprawy wykonawcy i wezwać wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą – ale tylko raz, co oznacza, że po wyczerpaniu tego instrumentu przez zamawiającego, dbałość o swoje interesy i przedłużenie terminu związania ofertą pozostaje w wyłącznej gestii wykonawcy. Wynika to ze wspomnianego profesjonalnego charakteru postępowania i staranności wymaganej od wykonawcy. Podkreślenia przy tym wymaga, że w świetle

tego przepisu działanie zamawiającego przejawiające się zasygnalizowaniem upływającego terminu związania ofertą albo inne tego rodzaju działania – przy tak kategoriowym i jednoznacznym wskazaniu w nim, że zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, musiałyby być potraktowane jako niewłaściwe i zmierzające do obejścia tej regulacji.

- Tym samym, na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający nie miał możliwości wystąpienia ponownie do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą bez narażenia się na zarzut nierównego traktowania wykonawców i naruszenia regulacji art. 85 ust. 2 ustawy, co oznaczało, że to na wykonawcy ciążyła inicjatywa i obowiązek dbałości o zabezpieczenie swojego bytu w postępowaniu, w tym zakomunikowanie Zamawiającemu zamiaru dalszego związania ofertą.
- Odwołujący, mimo tej spoczywającym na nim staranności i obowiązku zadbania o swój interes nie przedłużył terminu związania ofertą przez półtora miesiąca od dnia, w którym upłynął, przedłużony z mocy ustawy w związku z postępowaniem odwoławczym termin związania ofertą. Termin ten upłynął bowiem 21 grudnia 2013 r. i do dnia czynności Zamawiającego w przedmiocie rozstrzygnięcia postępowania [6 luty 2014 r.] Odwołujący pozostawał w bezczynności w tej sprawie. Zamawiający nie miał więc, przy opisanej biernej postawie Odwołującego, który przez ten czas ani nie przedłużył terminu związania ofertą, ani nie posiadał wadium, które pozwalałoby na wnioskowanie o dalszym zainteresowaniu wykonawcy uczestnictwem w postępowaniu, podstaw by przyjąć, że wykonawca nadal wyraża wolę uczestnictwa w postępowaniu. Wolę tę Odwołujący wyraził dopiero dnia następnego po rozstrzygnięciu przez Zamawiającego postępowania i wykluczeniu z niego Odwołującego, składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Trzeba jednak przyjąć w tym zakresie, że tak długo, jak trwa postępowanie i jak długo wykonawca nie wyartykułuje w żaden sposób woli dalszego związania ofertą, Zamawiający musi przyjąć, że wykonawca utracił zamiar ubiegania się o zamówienie. Z milczenia i bierności wykonawcy nie sposób wywodzić oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, szczególnie gdy ustawa przewiduje nie milczącą akceptację, ale pozytywne stanowisko wykonawcy w tym zakresie, wyrażające się istnieniem oświadczenia o związaniu czy przedłużeniu związania ofertą.
- W świetle powyższego, przy bierności wykonawcy i braku oświadczenia wyrażonego w jakikolwiek sposób o dalszym związaniu ofertą, Zamawiający pozostaje w niepewności, co do woli wykonawcy dalszego uczestnictwa w postępowaniu, a ta niepewność – brak stanowiska zainteresowanego wykonawcy o dalszym związaniu ofertą, przy jednoczesnym braku innych czytelnych oznak zainteresowania dalszym

uczestnictwem w postępowaniu – musi być traktowana jak utrata woli uczestniczenia w postępowaniu. Niepewności tej przy tym Zamawiający rozwiązać nie może z zastosowaniem regulacji art. 85 ust. 2 ustawy, jeśli już skorzystał z możliwości wystąpienia do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą.

- W świetle opisanych wyżej regulacji i wytycznych stawianych przez orzecznictwo a także wyczerpania przez Zamawiającego obowiązku zwrócenia się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą a następnie trwającej przez półtora miesiąca bezczynności wykonawcy w tym przedmiocie, braku innych czytelnych oznak, że wykonawca jest zainteresowany uczestnictwem w postępowaniu o zamówienie, właściwym był wniosek Zamawiającego, że wykonawca nie jest zainteresowany udziałem w postępowaniu a jego oferta – nie wiąże już wykonawcy. Brak oświadczenia w tym przedmiocie do dnia dokonania czynności musi być traktowany jako powstanie stanu braku związania ofertą przez Odwołującego, co z kolei skutkowało tym, że taka oferta – niewiążąca w świetle dostępnego Zamawiającemu stanu wiedzy – nie mogła być brana pod uwagę przy rozstrzygnięciu postępowania. Nie sposób bowiem przyjąć, że Zamawiający, dysponując stanem wiedzy, z którego wynika, że nie jest tak, że wykonawca jest nadal zainteresowany udziałem w postępowaniu i związany złożoną jakiś czas temu ofertą, będzie za wykonawcę odgadywał i przyjmował – być może wbrew intencji wykonawcy, wyrażonej bezczynnością w przedmiocie oświadczenia o dalszym związaniu ofertą – istnienie takiego oświadczenia o związaniu ofertą.
- Stan wiedzy Zamawiającego, z którego wynika, że wykonawca nie wyartykułował w żaden sposób dalszego zainteresowania udziałem w postępowaniu i dalszego związania złożoną 5 sierpnia 2013 r. ofertą musiał więc powodować ten skutek, że oferta nie była brana pod uwagę w momencie rozstrzygnięcia postępowania.
- Dostrzeżenia wymaga następnie, że w świetle przepisów ustawy nie zostało wyraźnie rozstrzygnięte, jaka czynność zamawiającego właściwa w sytuacji nieprzedłużenia terminu związania ofertą, i jakie są skutki wynikające z bezskutecznego upływu terminu związania ofertą w toku postępowania o zamówienie, na co zresztą zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu [Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, V Konferencja naukowa 17-18 września 2012 r., Sopot, red. naukowa A. Adamowicz J. Sadowy: M. Stręciwilk *Termin związania ofertą – wybrane problemy w świetle orzecznictwa*, s. 81]. Wskazuje się przy tym, a zarazem w praktyce stosowane są takie podejścia, że: możliwe jest rozpatrywanie powyższej sytuacji przez pryzmat podstawy do wykluczenia, a także podstawy do odrzucenia oferty. Można zastanawiać się także, czy oferta, co do której upłynął bezskutecznie

termin związania ofertą [nie wiążąca], nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując w art. 24 ust. 2 pkt 2 podstawę do wykluczenia wykonawcy który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą a także wykonawcy który nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą. Można znaleźć argumenty przemawiające za słusnością każdego z tych stanowisk, niezależnie jednak od przyjętej koncepcji, czy taka sytuacja stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, czy też może taką ofertę należałoby traktować jako wygasłą wobec upływu terminu związania nią, zamawiający nie ma możliwości rozpatrywania takiej oferty w momencie rozstrzygania postępowania. Zgodzić się jednak trzeba, że formalny wyraz, za pomocą którego zamawiający winien zakomunikować uczestnikom postępowania, że nie brał oferty, co do której wykonawca nie jest związanym, stwarza problemy. Biorąc przy tym, okoliczności sprawy a także obowiązujące w tej mierze regulacje, właściwym wydaje się wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania, skoro ustawodawca potraktował w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy kwestie związane z nieprzedłużeniem tego terminu jako kwalifikowane wykluczeniem wykonawcy. Stąd czynność Zamawiającego, polegająca na wykluczeniu Wasza Żywieniowa sp. z o.o. w Warszawie z postępowania, należało uznać za uprawnioną w świetle okoliczności sprawy i uzasadnioną.

Końcowo, mając na względzie rozpatrywaną czynność Zamawiającego w świetle postawionych zarzutów, podkreślenia wymaga, że odwołanie w tej mierze nie mogło wywołać pozytywnego rezultatu również z przyczyn formalnych. Dla uwzględnienia odwołania konieczne jest bowiem wykazanie przez Odwołującego takich naruszeń prawa, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy]. Następnie, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy – zakres rozpoznania wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu wyłącznie w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów. 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. Z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Podkreślenia następnie wymaga, że 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 niezwartych w odwołaniu”.*

Na gruncie rozpatrywanej sprawy, wymaga podkreślenia w zakresie zarzutu zmierzającego do zakwestionowania czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, że Odwołujący osadził zarzuty skierowane wobec tej czynności w fakcie wniesienia i utrzymania na rachunku Zamawiającego wadium, które w Jego ocenie, miało stanowić substytut oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Jak jednak ustalono, fakt taki nie miał miejsca – wadium zostało zwrócone Odwołującemu w dacie 15 listopada 2013 r., zaś przekonanie Odwołującego w tej mierze okazało się być opartym na mylnym wyobrażeniu o tym fakcie. Już z tego względu, argumentację odwołania należało uznać za nietrafną.

[2] Nie znalazły potwierdzenia także zarzuty skierowane wobec oceny oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, to jest uznania w ofercie tego wykonawcy ujętego w poz. 85 sklepu przy ul. Słowackiego 2 mimo, że w sklepie głównym asortymentem jest alkohol i słodczyce a w lodówce znajduje się jedynie mleko, ser żółty i pasztet, co zdaniem Odwołującego, jest jawnym dowodem na potwierdzenie poprawności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Dostrzeżenia wymaga, że zarzut był już w analogicznym zakresie podniesiony w odwołaniu tego wykonawcy z dnia 15 listopada 2013 r., w odniesieniu do tej samej placówki podanej w ofercie Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego. Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut za nietrafny, podając w uzasadnieniu, iż *„Zarzut uznania przez zamawiającego za placówkę handlową placówki wskazanej przez wykonawcę – Górnośląskie Konsorcjum Handlowe w poz. 48 Wykazu placówek handlowych, tj. sklepu spożywczego przy ul. Słowackiego 2 nie zasługuje na uwzględnienie. Jedynym argumentem, który wskazał odwołujący II, a który miał przesądzać o konieczności odmowy uznania ww. placówki za placówkę handlową był fakt, że w placówce „głównym asortymentem jest alkohol i słodczyce”. Wobec powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 7 ppkt 6 wprowadził wymóg, że bony żywieniowe muszą zawierać zastrzeżenie o braku możliwości ich realizacji w zakresie nabycia produktów alkoholowych i wyrobów tytoniowych. Fakt sprzedaży w placówce alkoholu pozostaje bez znaczenia (pracownicy zamawiającego nie będą zresztą mogli, ze względu na poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie, nabyć alkoholu), ponieważ placówka sprzedaje także inne artykuły spożywcze, czego odwołujący II nie kwestionował (świadczy o tym użycie wyrazu „głównie”), w tym słodczyce, które niewątpliwie są artykułami spożywczymi (o rozumieniu pojęcia „artykuły spożywcze” była mowa powyżej).”* [str. 25-26 uzasadnienia wyroku z 2 grudnia 2013 r. w spr. KIO 2655/13 i 2658/13]. Zarzut ten, wobec przesądzenia tej kwestii we wskazanym wyroku nie mógł być już więc rozpatrywany [art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy]. Finalnie, Odwołujący na rozprawie wycofał ten zarzut.

W zakresie ujętych w poz. 43 baru Stampol, poz. 65 cukiernia Skidziń, poz. 70 kawiarnia Quatro, poz. 81 sklep Jawiszowice przy ul. Jagiełły 46, poz. 87 Wielobranżowy Pawilon Handlowy J..... K..... – aktualność zachowuje argumentacja dotycząca analogicznych zarzutów odniesionych w odwołaniu Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego. Fakt, że placówki [kawiarnia Quatro i bar Stampol] nie zostały uznane w uzasadnieniu wyroku z 2 grudnia 2013 r. za placówki gastronomiczne, nie wyłącza traktowania ich za placówki handlowe. Z treści tego wyroku wynika nadanie określonego

rozumienia artykułu spożywczego, co nakazuje traktować placówki, w których sprzedawane są wszelkiego rodzaju produkty [w tym takie jak chipsy] za placówki handlowe. Ponadto, nie sposób – w świetle treści SIWZ – uznać, że nie mogą być brane pod uwagę placówki, co do których Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie po terminie składania ofert uzupełniła umowy z właścicielami placówek. Taka możliwość wynika z treści SIW [opisane tam „postępowanie naprawcze” wynikające z Rozdziału XIV pkt 2 a) SIWZ]. W tym zakresie powtórzyć więc należy tezy zawarte na str. 24-27 niniejszego uzasadnienia, tożsame z tymi, dotyczącymi odwołania Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego.

Nie znalazły także potwierdzenia zarzuty dotyczące pozycji 58 w ofercie Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, to jest bar Kebab przy ul. Mickiewicza 4, oparte na tezie, że ta placówka nie została zaliczona Odwołującemu. Oferta Odwołującego – z powodu Jego wykluczenia nie była jednak badana, zaś Zamawiający, po wyroku KIO z 2 grudnia 2013 r. zobligowany był do całkowitej rewizji placówek uprzednio zakwalifikowanych w określony sposób. Odnoszenie późniejszej, wynikającej z tego wyroku oceny do pierwszej oceny ofert przez Zamawiającego, jest więc nieuprawnione. Ponadto, na rozprawie Odwołujący wykazywał, że placówka nie powinna być zaliczona Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, z uwagi na to, że nie spełnia ona stawianego dla placówki gastronomicznej wymagania co najmniej 15 krzeseł [jest tam tylko 10 krzeseł]. Tak wyartykułowany zarzut nie znalazł jednak wyrazu w odwołaniu – postawiony na str. 9 odwołania zarzut odnosi się jedynie do konieczności niezaliczenia tej placówki z powodu nieuznania jej Odwołującemu. Ponadto, z uwagi na konieczność kwalifikowania tej placówki jako handlowej, nie ma znaczenia liczba krzeseł w lokalu. Tym samym, nie znalazły także potwierdzenia stawiane przez Odwołującego zarzuty, odnoszące się do oceny oferty Sodexo Benefis and Rewards Services Polska spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Reasumując, każde z odwołań podlegało oddaleniu. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Skład orzekający