

WYROK

z dnia 29 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., Górnośląskie Konsorcjum Handlowe s.c., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., Górnośląskie Konsorcjum Handlowe s.c., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., Górnośląskie Konsorcjum Handlowe s.c., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., Górnośląskie Konsorcjum Handlowe s.c., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 597 zł 75 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych i siedemdziesiąt pięć groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, Al. Jana Pawła II 44 (dalej "zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę bonów (kuponów) żywieniowych uprawniających do pozyskania produktów w celu przyrządzania posiłków profilaktycznych dla pracowników JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka- Jastrzębie” Ruch „Borynia” (znak sprawy: 53/ZZ/15) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: CHEQUE DEJEUNER Sp. z o.o. (lider) oraz Górnośląskie Konsorcjum Handlowe S.C. z siedziba dla lidera 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 124 (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia firmy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., która złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania względnie
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z zasadami określonymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) dokonanie przez zamawiającego przyporządkowania punktów w kryteriach: „Liczba placówek handlowych” oraz „Liczba placówek gastronomicznych”, co skutkowało wyborem oferty, która w istocie nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
4. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców,

Odwołujący wniósł o :

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie wykluczenia wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, względnie przeliczenia punktacji zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ,
3. nakazanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że do oceny ofert zamawiający przyjął 1635 placówek handlowych i 161 placówek gastronomicznych w ofercie wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. (dalej „Sodexo”) natomiast do oceny oferty odwołującego 1215 placówek handlowych i 230 gastronomicznych.

Podniósł, że ocena ta nie odpowiada zasadom oraz kryteriom wyboru oferty najkorzystniejszej określonym w SIWZ. Wskazał, że zgodnie z nimi to oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą ponieważ ilość placówek handlowych i gastronomicznych na terenie objętym postępowaniem w jego ofercie, liczona zgodnie z postanowieniami SIWZ powinna wynosić 1215 placówek handlowych i 230 gastronomicznych, natomiast w ofercie Sodexo o.o. odpowiednio 962 i 161.

W odniesieniu do zarzutu podania przez wykonawcę Sodexo nieprawdziwych informacji odwołujący wskazał, że wykonawca Sodexo zawarł w swojej ofercie bardzo dużą ilość nieprawdziwych informacji, które miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania, wprowadziły zamawiającego w błąd, co było bezpośrednią przyczyną nieprawidłowej decyzji o wyborze oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Podał, że zamawiający bardzo dokładnie sprecyzował swoje wymagania odnośnie placówek handlowych i gastronomicznych – zawarł je w Specyfikacji technicznej, która stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ:

pkt. 1.3): *Placówka gastronomiczna – "Poprzez placówkę gastronomiczną Zamawiający rozumie placówkę, której przedmiotem działalności jest przygotowanie oraz sprzedaż posiłków do spożycia na miejscu i na wynos w pomieszczeniu zamkniętym, ogrzewanym, posiadającym miejsca siedzące".*

pkt. 1.2) [zmiana treści SIWZ dokonana pismem z 8 stycznia 2016 r]: *Placówka handlowa –*

"Poprzez placówkę handlową Zamawiający rozumie placówkę, której główną działalnością jest sprzedaż detaliczna ogólnospożywcza, tj. sprzedaż produktów takich jak np: wędlin, nabiału, pieczywa,, owoców, warzyw, napojów bezalkoholowych itp., czyli produktów z których pracownik będzie miał możliwość samodzielnego stworzenia posiłku zgodnie z art 232 Kodeksu pracy oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz.U. Nr 60 poz. 279), odbywająca się w pomieszczeniach, których wewnątrz jest dostępne dla konsumentów I do których nie będą zaliczane placówki jednobranżowe".

Podniósł, że ze względu na fakt, że ilość placówek handlowych i w mniejszym stopniu gastronomicznych w przedmiotowym postępowaniu decyduje o wyborze oferty definicje powyższe są kluczowym elementem SIWZ i mają znaczenie podstawowe. Uzupełnił, że zamawiający doprecyzował pojęcia placówki jednobranżowej, w piśmie z 13 stycznia 2016 r., w następujący sposób: *"Pod pojęciem placówki jednobranżowej rozumiemy zgodnie*

z Encyklopedią Zarządzania formę organizacyjną sprzedaży detalicznej, identyfikowana ze względu na rodzaj prowadzonego asortymentu np. cukiernia, piekarnia, ciastkarnia, lodziarnia itp."

Zdaniem odwołującego w świetle przytoczonych postanowień SIWZ wybór oferty dokonany przez zamawiającego jest z nimi niezgodny – niezgodność ta polega na nieuzasadnionym uznaniu przy ocenie oferty wykonawcy bardzo dużej ilości placówek, które wykonawca ten umieścił w swojej ofercie, ignorując wolę zamawiającego zawartą w SIWZ.

Ocecił, że ilość nieprawidłowo przyjętych placówek wg podziału na kategorie nieprawidłowości przedstawia się następująco:

- placówki jednobranżowe i nie związane z branżą spożywczą (piekarnie, cukiernie, lodziarnie, mięsno-wędliniarskie, drobiarskie itd.) – 390,
- placówki nie związane z branżą spożywczą (sklepy AGD, przemysłowe, odzieżowe, stacje benzynowe, saloniki prasowe, tylko monopol, obuwnicze, fryzjer, kwaciarnie) – 69,
- placówki nie istniejące – 217,
- placówki powtarzające się w wykazie – 63
- gastronomia do przeniesienia ze względu na inną wagę – 8.

Odwołujący podkreślił, że o skali nieprawdziwych informacji zawartych w ofercie wykonawcy Sodexo szczegółowo poinformował zamawiającego, wobec czego dziwi fakt decyzji o wyborze tak nieprofesjonalnie przygotowanej, zawierającej ponad 40% nieprawdziwych informacji oferty.

Zwrócił również uwagę, iż wykonawca Sodexo w treści formularza ofertowego złożył oświadczenie *„Składając ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: Dostawę bonów (kuponów) żywieniowych uprawniających do pozyskania produktów w celu przyrządzania posiłków profilaktycznych dla pracowników JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-jastrzębie” Ruch „Borynia” oświadczamy, że poniżej przedstawione placówki handlowe spełniają warunki opisane w Specyfikacji technicznej w żądanym przez Zamawiającego zakresie“*

Uznał to oświadczenie za nieprawdziwe i wprowadzające w błąd zamawiającego.

Staął na stanowisku, że po odjęciu niesłusznie uznanych przez zamawiającego placówek w jego ofercie ostateczna ilość placówek handlowych wyniesie 962. Dodał, że 763 błędy lub placówki niespełniające wymogów SIWZ stanowi ponad 40 procent całej oferty wykonawcy Sodexo, w związku z czym w konsekwencji to oferta odwołującego staje się najkorzystniejsza.

Dodatkowo podniósł, iż wzór umowy zawiera restrykcyjne zapisy odnośnie ilości placówek w trakcie wykonywania umowy – nie może ona być niższa niż ilość przyjęta do oceny oferty, w innym przypadku wykonawca naraża się na zerwanie umowy ze swojej winy i kary umowne.

W ocenie odwołującego zawarcie umowy z wybranym wykonawcą jest całkowicie

bezcelowe, ponieważ na całym terenie objętym postępowaniem nie istnieje ilość placówek handlowych spełniająca wymogi Specyfikacji technicznej, która została przyjęta do oceny oferty wykonawcy wybranego w przedmiotowym postępowaniu, toteż nie ma technicznych możliwości spełnienia podstawowego warunku wykonania umowy (dotrzymania nie mniejszej niż w załączniku nr 1 ilości placówek).

W odniesieniu do zarzutu dotyczące dokonania wadliwej oceny ofert i przyznania punktów w kryteriach dotyczących Liczby placówek oraz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę powyższe możliwa do przyjęcia liczba placówek w świetle opisu kryteriów oceny ofert zawartych w treści SIWZ w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy jest niższa niż w ofercie odwołującego, tym samym to oferta odwołującego winna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 18 marca 2016 r., materiałów załączonych do odwołania oraz złożonych przez odwołującego na rozprawie, a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut niezgodnego z zasadami określonymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonania przez zamawiającego przyporządkowania punktów w kryteriach: „Liczba placówek handlowych” oraz „Liczba placówek gastronomicznych”, co skutkowało wyborem oferty, która w istocie nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ nie potwierdził się.

Odwołujący utrzymywał, że zamawiający niezasadnie uwzględnił przy ocenie oferty wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o. (dalej także „wykonawca Sodexo”) kilkaset 670 pozycji wskazanych w Wykazie tego wykonawcy jako placówki handlowe, ponieważ nie były to placówki prowadzące sprzedaż ogólnospożywczą, ale placówki jednobranżowe, nie były to placówki w ogóle związane z branżą spożywczą albo też placówki te nie istniały, albo zostały powtórzone w więcej niż jednej pozycji Wykazu wykonawcy Sodexo.

Odwołujący utrzymywał także, że zamawiający niezasadnie uznał do oceny oferty wykonawcy Sodexo 8 placówek gastronomicznych („do przeniesienia ze względu na inną wagę” – str. 5 odwołania), przy czym w odniesieniu do tych placówek, poza samym ich wskazaniem, odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji, a nawet nie wyjaśnił co oznacza: „do przeniesienia ze względu na inną wagę”.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*”.

Oznacza to, że odwołujący, twierdząc, że gros placówek wskazanych przez wykonawcę Sodexo to placówki jednobranżowe, nie związane z branżą spożywczą, powtarzające się w Wykazie wykonawcy Sodexo, czy też takie, które nie istnieją pod wskazanymi przez wykonawcę Sodexo adresami winien to udowodnić.

Ciążącemu na nim obowiązki odwołujący jednak nie sprostał.

Odwołujący ograniczył się do załączenia do odwołania pliku opisanego przez siebie jako „*dowody dotyczące placówek*” (str. 8 odwołania – załączniki poz. 6), nie nawiązując do nich w żaden sposób w treści odwołania, tj. nie wskazując, które z nich, na jaką okoliczność zostały złożone.

Złożył także zestawienie opisów placówek z Wykazu wykonawcy Sodexo (kolumna „*Nazwa – lista sodexo*”) z opisami własnymi (kolumna „*faktyczny sklep*”), nie podając jednak nawet, na jakiej podstawie owego „faktycznego” opisu sklepu dokonał, co oznacza tyle tylko, że zestawienie to odzwierciedla jedynie opinię samego odwołującego.

Odwołujący złożył nadto listy/spisy m.in.: placówek realizujących bony Górnośląskiego Konsorcjum Handlowego Spółka Cywil, placówek firmy „Lesz” Sp. z o.o., sklepów zakładowych ZPM „MAXPOL” Sp. z o.o., placówek Rzeźnictwo-Wędliniarstwo A. N. i Spółka, punktów sprzedaży TWIST Sp. z o.o., sklepów firmowych Produkcja Mięsa i Wędlin „U Witka” Sp. z o.o., co do których nie wiadomo, na jakie potrzeby, przez kogo i kiedy zostały sporządzone oraz czego potwierdzenie stanowią.

Na rozprawie odwołujący ponownie złożył załączone uprzednio do odwołania zestawienie opisów placówek z Wykazu wykonawcy Sodexo (kolumna „*Nazwa – lista sodexo*”) z opisami własnymi, opatrując je jedynie dodatkowym tytułem „*Porównanie – placówki w złożonej ofercie a stan faktyczny*”, pozostawiając tym samym w dalszym ciągu swoje twierdzenia gołosłownymi.

Złożył wreszcie odwołujący wykaz kwestionowanych przez siebie placówek (wskazanie pozycji z Wykazy wykonawcy Sodexo), który stanowił jedynie fragment treści odwołania, a nadto załączone uprzednio do odwołania listy/spisy, uzupełniając niektóre z nich wskazaniem, do której pozycji z Wykazu wykonawcy Sodexo je odnosi, co jednak nie zmienia faktu, że nadal nie wiadomo na jakie potrzeby, przez kogo i kiedy zostały sporządzone oraz czego potwierdzenie w istocie stanowią.

Co do złożonych przez odwołującego na rozprawie zdjęć stwierdzić należy, że nie sposób nawet stwierdzić kiedy i gdzie zostały zrobione (nawet w przypadkach, gdy na zdjęciu ujęto tablicę z adresem nie sposób jej odczytać lub nie wiadomo, co to za miejscowość).

Co do wykazów placówek złożonych przez wykonawcę Sodexo w postępowaniu prowadzonym przez innych zamawiających, w tym KWK Jankowice stwierdzić należy, że wykazy nie mogą stanowić miarodajnego materiału porównawczego do Wykazu złożonego przez wykonawcę Sodexo w przedmiotowym postępowaniu ze względu na czas, z którego pochodzą, tj. z 2013 i 2015 roku, od kiedy to placówki mogły, co do charakteru prowadzonej sprzedaży, ulec zmianie.

Co do wydruków ze stron internetowych to wskazać przede wszystkim należy, że odzwierciedlają one stan z 2012 albo 2013, stąd nie można uznać ich jako aktualnych albo są to wydruki stanowiące ogólny opis działalności danego przedsiębiorcy, czy nawet jedynie lokalizację działalności, wobec czego nie można na tej podstawie uzyskać informacji co do poszczególnych, prowadzonych przez danego przedsiębiorcę placówek.

Bez znaczenia dla oceny zasadności zarzutu jest wykaz placówek jednobranżowych (455 pozycji), którymi dysponuje odwołujący, a których nie ujął w treści swojej oferty.

Jak się wydaje, twierdzenia odwołującego co do jednobranżowości placówek były konsekwencją błędnego założenia, że nazwa placówki (zewnątrzne oznaczenie) przesądza o jej kwalifikacji, co – na gruncie postanowień SIWZ przedmiotowego postępowania – nie znajduje podstawy. Przykładowo, nie można jedynie na podstawie zdjęcia z zewnątrz zamkniętego sklepu z reklamą *Sklep rybny „Pirat”*, bez weryfikacji znajdujących się w sklepie rodzajów artykułów (abstrahując nawet od tego, że zdjęcie pochodzi z lipca 2012 roku), zasadnie twierdzić, że w placówce prowadzona jest wyłącznie sprzedaż ryb. Nie stanowi to dowodu, że oświadczenie wykonawcy Sodexo z pozycji 2 Wykazu, a to iż jest to sklep ryбно-spożywczy, nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym (na dzień składania ofert).

Podsumowując, materiały złożone przez odwołującego nie pozwalają uznać, że jakakolwiek placówka wskazana w Wykazie przez wykonawcę Sodexo jest placówką jednobranżową, nie jest związana z branżą spożywczą, nie istniała, została powtórzona.

W zakresie kwestionowanych placówek gastronomicznych żadnej argumentacji (ani dowodów) odwołujący nie przedstawił.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., która złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zarzut pierwszy nie potwierdził się uznać także należy, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy Sodexo.

Skoro bowiem żadna z placówek ujętych w Wykazie wykonawcy Sodexo nie została przez odwołującego podważona nie można przypisać wykonawcy Sodexo złożenia

nieprawdziwych informacji, a zamawiającemu zaniechania wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zarzut wyboru oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zarzut pierwszy i drugi nie potwierdziły się uznać także należy, że zamawiający zasadnie poddał ocenie, z zastosowaniem wskazanych przez zamawiającego kryteriów ocenie ofert, ofertę wykonawcy Sodexo, uwzględniając przy tym kwestionowane przez odwołującego placówki, i w wyniku tej oceny dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Sodexo.

Zarzut przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców nie potwierdził się.

Odwołujący utrzymywał, że do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców doszło, ponieważ zamawiający uwzględnił przy ocenie oferty wykonawcy Sodexo placówki jednobranżowe, którymi także w liczbie ponad 450 dysponuje odwołujący, ale których nie uwzględnił w swojej ofercie ze względu na wskazaną przez zamawiającego w SIWZ definicję placówki handlowej.

Skoro jednak, o czym była mowa powyżej, odwołujący nie wykazał, że którakolwiek z placówek wskazanych przez wykonawcę Sodexo jest placówką jednobranżową, nie można w konsekwencji uznać, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponieważ nie potwierdził żaden z zarzutów orzeczono o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz § 3 pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: