

Sygn. akt: KIO/UZP 1369/08

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Andrzej Niwicki
Członkowie:	Marzena Teresa Ordysińska Anna Packo
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Górnictwo Usługowo-Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 24 października 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Górnictwo Usługowo-Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Górnictwo Usługowo-Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Górniczego Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowego „Piast” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń.**

U z a s a d n i e n i e

W odwołaniu od braku rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - Kompanię Węglową S.A. w Katowicach protestu z dnia 24.10.2008 r. wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 20.11.2008 r. przez Górniczne Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Piast” Spółka Akcyjna w Bieruniu wniesiono o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach handlowych i gastronomicznych dla pracowników Zamawiającego w oddziale KWK „Ziemowit” w okresie 12 miesięcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1, 2, 6 i 8 rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie posiłków profilaktycznych i napojów (Dz. U. nr 60, poz. 279) poprzez sformułowanie zapisów SIWZ zawierających uchybienia polegające na niedostatecznym, niejednoznacznym i nie wyczerpującym określeniu przedmiotu zamówienia, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz brak zastrzeżenia w SIWZ, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami powołanego rozporządzenia.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że przyjęte w rozdziale XXI SIWZ kryterium oceny ofert w zakresie ceny i opisanego sposobu jego obliczania jest kryterium pozornym w świetle wyjaśnień zawartych w tym punkcie oraz treści przepisu art. 15 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz.1503 ze zm.).

Rzeczywistym kryterium w tym postępowaniu stało się kryterium ilości punktów zaopatrzenia, w których bony będą przyjmowane i wydawany będzie za nie towar. Tak ustalone kryteria stawiają w pozycji uprzywilejowanej oferentów dysponujących wielkopowierzchniowymi marketami i rozbudowanymi sieciami punktów dystrybucyjnych. Zaskarżone przepisy SIWZ w obecnym brzmieniu uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, której wybór mógłby być realny w tym postępowaniu. Dlatego twierdzi, że uzasadniony jest wniosek o unieważnienie postępowania.

Zamawiający, który oddalił protest w trybie art. 183 ust. 3, wniósł na posiedzeniu Izby o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 180 ust. 8 Pzp, wobec braku, wymaganego przepisem art. 180 ust. 8, wskazania żądania w proteście. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zarzuty odwołania nie mają uzasadnienia faktycznego ani prawnego. Stwierdził, iż Odwołujący zarzuca naruszenia art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 7 i 29 Pzp i wskazał, że zarzut naruszenia art. 29 Pzp został sformułowany dopiero w odwołaniu i nie był poprzedzony protestem. Z tego względu na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp wniósł o jego nie rozpatrywanie. Poinformował, że oferty w postępowaniu zostały złożone, a odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast czynność badania i oceny ofert nie została zakończona. Kryteria oceny ofert ustalono zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 Pzp, a sposób ustalenia kryteriów oparto na treści opinii Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), która została opublikowana na stronie internetowej UZP. Treść tej opinii została powołana w rozdziale XXI SIWZ - „kryteria oceny oferty” w pkt 1 kryterium cena.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i wysłuchaniu stanowisk stron reprezentowanych przez pełnomocnika Zamawiającego i członków zarządu Odwołującej się spółki, zważył i ustalił, co następuje.

W pierwszym rzędzie Izba potwierdza ustalenie, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 180 ust. 8 Pzp. wobec braku, wymaganego przepisem art. 180 ust. 8, wskazania żądania w proteście, nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że jakkolwiek rzeczywiście w treści protestu nie wskazano wprost żądania, treść ta jednoznacznie wskazuje na intencję zmiany kwestionowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub, w razie niemożności dokonania takiej zmiany, unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając wnioski merytoryczne stron skład orzekający stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie rozpatrywała przy tym zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, dzieląc argumentację Zamawiającego, że w tym zakresie zarzuty odwołania nie zostały poprzedzone protestem.

Analizując ponadto treść przepisu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz.1503 ze zm.) stanowiącego, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez utrudnianie dostępu do rynku, w tym również emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku, Izba uznała, że Zamawiający zastosował poprawnie metodę ustalenia kryterium oceny ofert, zgodną z opinią UZP, którą skład orzekający w niniejszej sprawie podziela. Należy zauważyć, że kryterium ceny jest w Prawie zamówień publicznych kryterium obowiązkowym, również w ocenianym obecnie postępowaniu, a fakt, że skoro w świetle postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji kryterium to doznaje, jak słusznie zauważa Odwołujący istotnego „osłabienia” (cudzysłów autora uzasadnienia), zmusza zamawiających w analogicznych sprawach do posłużenia się dodatkowymi kryteriami, tak jak w sprawie niniejszej.

W tym świetle orzeczono jak w sentencji, orzekając o kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....