

Sygn. akt: KIO/UZP 504/09

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie:	Renata Tubisz
	Barbara Bettman
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Wanda-Lech Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Handlowo-Usługowy ALT S.C. A. Juśkiewicz, R. Śliwicki, P.P.H.U. Gastronomiczna Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DARTEX E. Kasprzyk, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 26 marca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Wanda-Lech Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Handlowo-Usługowy ALT S.C. A. Juśkiewicz, R. Śliwicki, P.P.H.U. Gastronomiczna Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DARTEX E. Kasprzyk, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Wanda-Lech Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Handlowo-Uslugowy ALT S.C. A. Juśkiewicz, R. Śliwicki, P.P.H.U. Gastronomiczna Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DARTEX E. Kasprzyk, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 440 zł 01 gr (słownie: czterysta czterdzieści złotych jeden grosz) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Wanda-Lech Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Handlowo-Uslugowy ALT S.C. A. Juśkiewicz, R. Śliwicki, P.P.H.U. Gastronomiczna Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DARTEX E. Kasprzyk, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów noclegu,
- 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 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Wanda-Lech Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Zakład Handlowo-Uslugowy ALT S.C. A. Juśkiewicz, R. Śliwicki, P.P.H.U. Gastronomiczna Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DARTEX E. Kasprzyk, z siedzibą dla lidera Konsorcjum 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13.**

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

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "Halemba-Wirek".

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 04.10.2008r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2008/S 193 - 255548.

Postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - zwanej dalej ustawą pzp.

W dniu 26.03.2009 roku Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o. zwane dalej Odwołującym wniosło protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. wyborze oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Urasol Sp. z o.o., zwane dalej „Urasol”, jako najkorzystniejszej w sposób naruszający:
 - a. art. 2 pkt 1 i art. 91 ust. 2 ustawy pzp przez zastosowanie pojęcia ceny, które nie mieści się w rozumieniu pojęcia ceny, określonego w przepisach ustawy pzp oraz przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej bez zastosowania kryterium ceny.
 - b. art. 7 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 2 pkt 2 i 13 ustawy pzp, ponieważ przedmiotem wybranej oferty są świadczenia, które nie mogą być uznane za dostawy, usługi ani roboty budowlane a zatem obejmuje świadczenia, które nie mogą być przedmiotem zamówienia.
 - c. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp przez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy Urasol mimo, że wykonawca ten podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania – w poz. 1 załącznika nr 7 wskazał jako podwykonawcę Zakład Handlowo-Usługowy ALT s.c. Alicja Juśkiewicz i Ryszard Śliwicki, mimo, że podmiot ten nie jest podwykonawcą Urasol.
2. zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., zwane dalej Sodexho, czym Zamawiający naruszył art. 24 i art. 26 ustawy pzp. Odwołujący wskazał na następujące uchybienia w ofercie Sodexho, które w jego ocenie winny skutkować wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty:
 - a. brak wymaganego w siwz załącznika nr 7 dotyczącego podwykonawców.
 - b. brak sprawozdań finansowych, które byłyby sporządzone w sposób wiarygodny i zgodny z przepisami o rachunkowości.
 - c. brak odpisu KRS, w którym ujawniono fakt prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług gastronomicznych.

W dniu 6.04.2009 roku, Zamawiający poinformował, że odrzucił zarzuty dotyczące wyboru oferty w sposób naruszający przepisy o cenie oraz opisie przedmiotu zamówienia, gdyż uznał, że są to zarzuty spóźnione a termin na ich wniesienie minął w dniu 18.10.2008 roku. Ponadto bezpośrednio dotyczą one art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp (opis przedmiotu zamówienia) oraz pkt 13 (opis kryteriów).

W zakresie zarzutu dotyczącego wykazu podwykonawców, Zamawiający zobowiązał się do wezwania Wykonawcy Urasol do złożenia wyjaśnień w tej kwestii w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

W odniesieniu do zarzutu braku załączenia w ofercie Sodexho wykazu podwykonawców, Zamawiający stwierdził, że świadczy to o tym, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany osobiście, bez udziału podwykonawców.

Zamawiający oddalił także zarzuty dotyczące braku załączenia sprawozdań finansowych oraz braku oznaczenia w KRS przedmiotu działalności w zakresie świadczenia usług gastronomicznych.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 15.04.2009 roku, wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, odwołanie, którego kopię doręczył Zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście co do oferty Urasol, wskazując dodatkowo na brak przedstawienia przez tego wykonawcę w załączniku nr 3 – wykaz wykonanych bonów żywieniowych, żadnej dostawy bonów żywieniowych, a jedynie usługi w zakresie realizacji posiłków.

W zakresie oferty Sodexho, Odwołujący podtrzymał jedynie zarzut dotyczący braku załączenia wykazu podwykonawców.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z zeznań wskazanych w treści odwołania świadków na okoliczność, że Zakład Handlowo-Uslugowy ALT s.c. Alicja Juśkiewicz i Ryszard Śliwicki ani żaden ze wspólników tej spółki nie jest podwykonawcą Urasol oraz przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka na okoliczność, że Sodexho nie posiada własnych punktów handlowych (gastronomicznych) i nie ma możliwości realizować zamówienia bez podwykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert,
2. nakazanie wykluczenia Sodexho oraz Urasol i odrzucenia ofert tych wykonawców,
3. nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofert wykonawców a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK Halemba – Wirek.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1, gdzie określono szczegółowo przedmiot zamówienia przedmiot zamówienia obejmuje:

a) dostawę bonów (kuponów, bonusów) żywieniowych na posiłek profilaktyczny o wartości nominalnej: 11,30 zł w ilości ok. 1 376 100 sztuk oraz 6,10 zł w ilości ok. 91 080 sztuk w okresie 12 miesięcy,

b) zapewnienie realizacji tych bonów (kuponów, bonusów) w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych do upływu terminu ich ważności.

W dziale X.1 b Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali siecią punktów handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe w określonej w siwz ilości (co najmniej 6 punktów handlowych oraz co najmniej 2 punkty gastronomiczne).

W dziale VIII Zamawiający wskazał, że w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom - zgodnie z załącznikiem nr 7 do siwz. Zamawiający załączył wzór wykazu części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, na załączniku nr 7 do siwz, gdzie wymagał podania części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy oraz nazwy podwykonawcy, siedziby i jego adresu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

Na wstępie Izba, uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy i rozpoznała merytorycznie zarzuty, zgłoszone w proteście i podtrzymane w odwołaniu.

Granice rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu określa art. 191 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Uwzględniając powyższe Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący

braku przedstawienia przez wykonawcę Urasol w załączniku nr 3 - wykaz wykonanych bonów żywieniowych - dostaw bonów żywieniowych, ponieważ zarzut ten został podniesiony dopiero na etapie odwołania.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła również zarzuty co prawda zgłoszone w proteście, ale nie podtrzymywane na etapie odwołania, tj. zarzut dotyczący braku załączenia sprawozdań finansowych oraz braku oznaczenia w KRS przedmiotu działalności w zakresie świadczenia usług gastronomicznych.

Izba rozpoznała merytorycznie pozostałe zarzuty zgłoszone w proteście i podtrzymane w odwołaniu.

Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom jeśli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Interes prawny jest materialnoprawną przesłanką skuteczności środka ochrony prawnej a brak jego wykazania skutkuje oddaleniem odwołania. Celem składanych środków ochrony prawnej winno być dążenie do uzyskania zamówienia publicznego w postępowaniu, którego ten środek dotyczy a nie powoływanie się na uzyskanie zamówienia w postępowaniu przyszłym i niepewnym.

Izba nie dopatrzyła się wad przedmiotowego postępowania, które uniemożliwiałyby zawarcie ważnej umowy z sprawie zamówienia publicznego i uzasadniałyby konieczność nakazania unieważnienia postępowania.

Niezależnie od powyższego, skład orzekający Izby rozpatrzył zarzuty protestu i odwołania i zważył, co następuje:

Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez Zamawiającego, że zarzuty dotyczące kwestii związanych z ceną oferty oraz przedmiotem zamówienia są zarzutami spóźnionymi i podlegają odrzuceniu w oparciu o mającą odpowiednie zastosowanie przesłankę art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy pzp. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie sprowadzają się w istocie do kwestionowania treści postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy uznać, że informacje dotyczące kryterium ceny oferty oraz opisu przedmiotu zamówienia były znane Odwołującemu co najmniej na etapie ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to dokumenty były udostępnione do publicznej wiadomości od dnia 4.10.2008 roku, a zatem termin zawity na skorzystanie ze środka ochrony prawnej na zawarte w nich postanowienia upłynął w dniu 18.10.2008 roku.

Ponadto Odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu i przystępując do udziału w nim, wyraził niejako dorozumianą aprobatę dla opracowanych i przygotowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert jak również przedmiotu zamówienia. Dodatkową

przesłanką odrzucenia wskazanych wyżej zarzutów jest okoliczność wynikająca z art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy pzp, gdyż kwestie dotyczące postanowień siwz były już przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok z dnia 21.11.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1274/08).

Izba oddaliła, zgłoszone przez Odwołującego, wnioski dowodowe z zeznań wskazanych świadków na okoliczność, że:

1. Zakład Handlowo-Usługowy ALT s.c. Alicja Juśkiewicz i Ryszard Śliwicki ani żaden ze wspólników tej spółki nie jest podwykonawcą Urasol,
2. Sodexho nie posiada własnych punktów handlowych (gastronomicznych) i nie ma możliwości realizować zamówienia bez podwykonawców.

Podkreślić należy, że Izba uznała, że zgłoszone wnioski dowodowe są zbędne i nie mają znaczenia dla wyniku sprawy, a zebrany materiał dowodowy i przeprowadzona rozprawa dają wystarczające podstawy do wydania orzeczenia, zatem wnioski dowodowe powołane są jedynie dla zwłoki.

W zakresie zarzutu podania w ofercie Urasol nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, polegających na wskazaniu jako podwykonawcy podmiotu, który jest członkiem konsorcjum Odwołującego, tj. Zakładu Handlowo-Usługowego ALT s.c. Alicja Juśkiewicz i Ryszard Śliwicki, Izba uznała, że skoro Zamawiający uznał ten zarzut w rozstrzygnięciu protestu i zobowiązał się wystąpić o wyjaśnienie tej kwestii do Wykonawcy Urasol to zarzut ten jest bezprzedmiotowy. W ocenie Izby obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi się skutki prawne spoczywa na stronach postępowania, a w rozpatrywanej sprawie na Odwołującym, co wynika z treści art. 188 ust. 1 ustawy pzp. W rozpatrywanym przypadku na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia faktu podania nieprawdziwych danych w ofercie Wykonawcy Urasol, tymczasem Odwołujący nie przedstawił choćby oświadczenia podmiotu wskazanego jako podwykonawca w ofercie Urasol o braku zgody na pełnienie tej funkcji. Na marginesie Izba, wskazuje, że nie ma przeszkód formalno - prawnych, aby podmiot wskazany jako podwykonawca był jednocześnie członkiem konsorcjum, ubiegającym się również o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Nie zasługuje również na uznanie zarzut Odwołującego dotyczący braku załączenia w ofercie Sodexho wykazu podwykonawców, zgodnie z załącznikiem nr 7 do siwz. W przypadku realizacji zamówienia siłami własnymi załączenie takiego wykazu nie jest wymagane, zatem zasadnym jest twierdzenie, że skoro Sodexho nie załączył stosownego

wykazu podwykonawców to zamierza realizować zamówienia samodzielnie bez udziału podwykonawców. W ocenie Izby, z postanowień siwz wynika jasno, że przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów (kuponów, bonusów) żywieniowych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych do upływu terminu ich ważności. Użyte w siwz pojęcie „zapewnienie” oznacza, że wykonawca ma prawo jedynie dysponować punktami gastronomicznymi czy handlowymi, służącymi do realizacji bonów, czego potwierdzeniem jest wymóg złożenia do oferty załącznika nr 6 „wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje wykonawca. Zatem w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia polegającego na „zapewnieniu” punktów gastronomicznych nie można mówić o podwykonawstwie – rozumianym jako realizacja części przedmiotu zamówienia powierzonego wykonawcy. Zamawiający bowiem dopuścił w tej kwestii jedynie „dysponowanie” punktami handlowymi i gastronomicznymi, a wykaz punktów realizujących bony został załączony w ofercie Sodexho.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 i 26 ustawy pzp i oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów noclegu pełnomocników Zamawiającego w kwocie 440,01 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) 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:

.....

.....

—

* *niepotrzebne skreślić*