

Sygn. akt KIO/UZP 1717/09

WYROK
z dnia 19 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 30 października 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Wanda-Lech” Sp. z o.o., ul. Niedurnego 13, 41-710 Ruda Śląska.**

Uzasadnienie

Przedmiotem odwołania z dnia 12 listopada 2009 r. (uprzednio protestu z dnia 30 października 2009 r.) od rozstrzygnięcia protestu z dnia 3 listopada 2009 r. wniesionego przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” sp. z o.o. z Rudy Śląskiej w postępowaniu o udzielenie na „Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Bielszowice oraz Oddział KWK Pokój w okresie 12 miesięcy” są następujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. postanowienia przewidziane w: punkcie III. podpunkt 1) specyfikacji, we wszystkich punktach „Szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji (punkty od 1 do 11), w punkcie 1) formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 2 ust. 1, 2 i 4 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do siwz, którym to postanowieniom zarzucono, że:
 - 1) naruszają przepisy art. 2 pkt. 2 i 13 Prawa zamówień publicznych, ponieważ określają przedmiot zamówienia, który nie jest dostawą usługą ani robotami budowlanymi w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, a co za tym idzie, przewidują udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot nie może być w rzeczywistości przedmiotem zamówienia publicznego;
 - 2) naruszają przepis art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia;

- 3) naruszają przepis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości obiektywnego porównania oferowanych przez wykonawców towarów, a co za tym idzie, wyłącza całkowicie równą konkurencję pomiędzy wykonawcami,
 - 4) naruszają przepisy art. 2 pkt 2 i 13 w związku z art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych, ponieważ przewidują udzielenie zamówienia skutkującego naruszeniem art. 232 Kodeksu pracy, a co za tym idzie, skutkującego również koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ umowa naruszająca bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pracy będzie nieważna;
2. postanowienia przewidziane w: punkcie XXI podpunkt 1 Kryterium: CENA-C, w punkcie 1) formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 3 ust. 1, 3, 5 -15 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji, którym to postanowieniom zarzucono, że:
- 1) naruszają przepis art. 2 pkt. 1) Prawa zamówień publicznych, ponieważ przewidują pojęcie ceny, które nie mieści się w rozumieniu pojęcia ceny określonego w przepisach Prawa zamówień publicznych;
 - 2) naruszają przepis art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w ogóle nie przewidują oceny ofert według kryterium ceny w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych;
 - 3) naruszają przepisy art. 2 pkt. 5) i art. 91 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ przewidują niedopuszczalnie niskie znaczenie kryterium cenowego w bilansie wszystkich kryteriów oceny ofert, co w praktyce wyklucza wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego;
3. postanowienia przewidziane w podpunkcie 1 b) punktu X oraz w podpunkcie 2 punktu XII specyfikacji, którym to postanowieniom zarzucono, że:
- 1) naruszają przepis art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, ponieważ sieć punktów handlowych (gastronomicznych) nie mieści się w pojęciu potencjału technicznego, o jakim mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, a co za tym idzie, wadliwe postanowienia specyfikacji przewidują warunek udziału wykonawców w postępowaniu nieokreślony w przepisach art. 22 Pzp, czyli w ogóle niedopuszczalny na gruncie Prawa zamówień publicznych;
 - 2) naruszają przepisy art. 25 Pzp oraz wydane na mocy przepisu art. 25 ust. 2 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.) (zwanego dalej w skrócie „rozporządzeniem wykonawczym w sprawie dokumentów”), ponieważ w drodze wadliwych postanowień specyfikacji zamawiający żąda od wykonawców dokumentu w postaci „szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych”, a co za tym idzie, zamawiający żąda dokumentu nie przewidzianego w zamkniętym katalogu dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców;

4. postanowienia przewidziane w podpunkcie 1 b) punktu X specyfikacji, którym to postanowieniom zarzucono, że naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 Pzp, ponieważ w niejednoznaczny sposób opisują warunki udziału wykonawców w postępowaniu, to jest w żaden sposób nie definiują, co zamawiający rozumie pod pojęciem „dysponowania” siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, a tym samym naruszają zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu, jak również naruszają zasadę jednoznaczności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;
5. postanowienia przewidziane w punkcie XVIII specyfikacji i w §3 ust. 11 załącznika nr 4 do specyfikacji, którym to postanowieniom zarzucono, że naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, ponieważ wprowadzają bezzasadnie długi termin płatności, a tym samym naruszają zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu;

Wskazując na powyższe zarzuty, wykonawca wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu Kampanii Węglowej S.A. z siedzibą w Katowicach, aby uchylił lub zmienił treść zaskarżonych postanowień specyfikacji, tak aby stała się ona zgodna przepisami Prawa zamówień publicznych, względnie o nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2009/S 201-289801 w dniu 17 października 2009 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia: udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej www.kwsa.pl.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w zaskarżonych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie, że jego przedmiotem jest dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych

bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych. Takie określenie przedmiotu zamówienia publicznego w ocenie odwołującego nie pozwala na przyjęcie, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, usługa lub roboty budowlane w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Rzecz w tym, że w istocie zamawiający oczekuje od wykonawców, że dostarczą oni nie konkretny i należycie opisany towar, lecz jedynie pewien rodzaj dokumentu, na podstawie którego dopiero będzie możliwe otrzymanie bliżej nieokreślonego towaru. Tymczasem dostawa w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych polega na dostarczeniu konkretnych towarów, a nie jedynie jakichś dokumentów, które dopiero będą podstawą do otrzymania towaru, którego tak naprawdę w chwili udzielania zamówienia nie znamy. Przedmiotem dostawy zatem nie mogą być żadne bony żywieniowe, lecz jedynie posiłki profilaktyczne dla pracowników. W dalszej konsekwencji należy zwrócić uwagę, że zastosowanie w realizacji zamówienia bonów żywieniowych, przy spełnieniu pewnych warunków, może mieć miejsce, ale tylko jako forma realizacji dostawy, a nie jej przedmiot. Tymczasem zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że w istocie przedmiotem zamówienia uczynił nie dostawę posiłków profilaktycznych dla pracowników, lecz dostawę pewnego rodzaju dokumentów nazwanych bonami żywieniowymi, które same w sobie nie mogą być uznane za towar w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych. Nawet, jeśli uznać, że zamawiający określił przedmiot zamówienia w taki sposób, że możemy go, co do zasady uznać za dostawę w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, to i tak opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jest niewątpliwie niejednoznaczny i niepełny. Wyżej wykazano już, że przedmiotem zamówienia w tym wypadku mogą być jedynie towary w postaci posiłków profilaktycznych dla pracowników, a nie same bony żywieniowe, mogące stanowić jedynie pewien sposób wykonania dostawy. Jeśli jednak przedmiotem zamówienia są posiłki profilaktyczne, to zamawiający powinien w sposób jednoznaczny i pełny opisać, jakie posiłki zamawia. Tymczasem postanowienia specyfikacji w ogóle nie zawierają w tym zakresie żadnych wymogów, co do rodzaju posiłków, składników żywnościowych, jakości tych składników itd. Oznacza to w rezultacie, że zamawiający w ogóle nie wie, jakie posiłki otrzyma w wyniku realizacji zamówienia. Innymi słowy, w świetle postanowień specyfikacji dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawcy złożą oferty na realizację zamówienia na dostawę posiłków, tyle tylko, że w ogóle nie wiadomo, jakie te posiłki mają być. Zarzut niejednoznaczności i niepełności opisu przedmiotu zamówienia w tych okolicznościach jest w pełni zasadny. Dalej wykonawca zwraca uwagę, że brak pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia skutkuje także niemożliwością obiektywnej oceny i porównania ofert. Przecież zamawiający nie będzie wiedział, jakie posiłki oferują poszczególni wykonawcy, a co za tym idzie, nie będzie mógł w tym zakresie ocenić, czy oferta spełnia wymagania, co do przedmiotu

zamówienia, ani nie będzie mógł porównać składanych ofert. Dość oczywistym jest, że taki opis przedmiotu zamówienia nie tylko utrudnia, lecz wręcz wyklucza uczciwą konkurencję między wykonawcami. Podkreśla również, że celem udzielenia zamówienia jest w tym wypadku wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązków, jakie nakłada na niego - jako na pracodawcę - przepis art. 232 Kodeksu pracy. Niemniej opis przedmiotu zamówienia, przewidujący jedynie opis wymagań, co do dostarczanych bonów żywieniowych, nie daje żadnych możliwości wywiązania się przez zamawiającego z obowiązków przewidzianych przepisem art. 232 Kodeksu pracy. Wydanie pracownikowi bonu żywieniowego nie jest przecież tym samym, co zapewnienie mu posiłku profilaktycznego. Nie wiadomo zupełnie, na jakie produkty żywnościowe bon zostanie wymieniony, a co za tym idzie, prowadzi to do sytuacji, w której bon może być wymieniony także na produkty żywnościowe w ogóle niebędące posiłkami profilaktycznymi. W rezultacie umowa o udzielenie zamówienia będzie prowadziła do naruszenia przepisów prawa pracy, jako taka będzie oczywiście bezwzględnie nieważna, a przecież postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, należy unieważnić.

Odnosząc się do kwestii ceny wykonawca stwierdził, iż przewidziane w specyfikacji pojęcie ceny w ogóle nie mieści się w pojęciu ceny określonym w przepisach Prawa zamówień publicznych. Cena musi być rozumiana jako świadczenie pieniężne za konkretne towary. Tymczasem w zaskarżonych postanowieniach specyfikacji przewidziano cenę wyłącznie jako wartość nominalną bonów żywieniowych, które, jak już wyżej wykazano, w ogóle nie mogą być uznane za przedmiot zamówienia publicznego. Najpoważniejszym zarzutem jest jednak to, że tak naprawdę w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ogóle nie przewidziano ceny jako kryterium oceny ofert. Szczególnego podkreślenia - w ocenie wykonawcy - wymaga fakt, że zamawiający ma pełną świadomość niedopuszczalności oferowania dostaw bonów żywieniowych po „cenie” odbiegającej w jakikolwiek sposób od wartości nominalnej takich bonów. Zamawiający potwierdził to jednoznacznie wprowadzając do treści postanowień punktu XXI podpunkt 1 specyfikacji zapisów, zgodnie, z którym znana jest zamawiającemu opinia Urzędu Zamówień Publicznych wykluczająca oferowanie bonów poniżej lub powyżej ich wartości nominalnej - jako stanowiące utrudnienie dostępu do rynku, czyli czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający sam, zatem tak skonstruował kryterium „ceny” wykluczające możliwość składania ofert zawierających „ceny” różniące się od siebie. Prowadzi to do takiego efektu, że każdy wykonawca musi złożyć ofertę z dokładnie taką samą „ceną”, ponieważ w przeciwnym wypadku jego oferta będzie odrzucona jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji. Niemniej taki mechanizm w sposób wyraźny potwierdza zarzut, że zamawiający w ogóle nie przewidział w specyfikacji kryterium ceny w takim rozumieniu, w jakim przepisy

Prawa zamówień publicznych nakazują rozumieć cenę. Postanowienia specyfikacji, zatem w ogóle nie zawierają wśród kryteriów oceny ofert kryterium ceny, a co za tym idzie, naruszają w sposób rażący przepis art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, przy czym naruszenie to nie może być usunięte przez zamawiającego w drodze modyfikacji specyfikacji, lecz prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania. Zasadność zarzutu zdaniem wykonawcy, zgodnie, z którym w specyfikacji w ogóle nie przewidziano kryterium ceny, obrazuje przykład sytuacji mającej miejsce, gdyby jednak wykonawcy zdecydowali się złożyć oferty, w których - „ceny” za bony byłyby różne od ich ceny nominalnej. W takiej sytuacji pozornie mielibyśmy do czynienia z ofertami o różnych „cenach”. Niemniej w dalszym ciągu nie znamy ani asortymentu towarów, które można nabyć za oferowane bony, ani faktycznych cen jednostkowych tych towarów. Przetarg może śmiało wygrać wykonawca, który oferuje bony po „cenie” stanowiącej Np. 1/10 ich wartości nominalnej, ale, u którego placówki handlowe (gastronomiczne) wymieniają bony na towary, których ceny jednostkowe są dziesięciokrotnie wyższe niż u innych wykonawców. Oczywistym jest dla każdego, że taka sytuacja pozwala wygrać przetarg wykonawcy, który tak naprawdę wykona zamówienie za taką cenę, jaką sam podyktuje po zawarciu umowy. Stanowi to jednoznaczny dowód na fakt, że w specyfikacji w ogóle nie przewidziano kryterium ceny, lecz konstrukcję, która jedynie pozoruje zastosowanie takiego kryterium.

Zamawiający wprowadził szczegółowe wymagania w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz na dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Według wykonawcy o zamówienie ubiegać się może tylko taki wykonawca, który „dysponuje” określoną siecią punktów handlowych i gastronomicznych. Dysponowanie siecią punktów handlowych i gastronomicznych w kontekście brzmienia przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 2 PZPN może być uznane jedynie za dokonaną przez zamawiającego konkretyzację warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym. Niemniej należy zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią przepisów art. 25 ust. 1 i 2 PZPN zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie dokumentów określonych wyraźnie w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie przepisu art. 25 ust. 2 PZPN. Tymczasem w tym rozporządzeniu wykonawczym na potrzeby potwierdzenia spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym przewidziano wyłącznie dokument w postaci wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Punkty handlowe i gastronomiczne nie są jednak narzędziami ani urządzeniami technicznymi. Z tego względu należy uznać, że zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentu w postaci wykazu punktów handlowych i

gastronomicznych, a nadto, że warunek posiadania sieci takich punktów w ogóle jest niedopuszczalny. W dalszej konsekwencji niedopuszczalne jest także stosowanie kryterium oceny ofert odnoszące się do ilości posiadanych przez wykonawcę punktów handlowych i gastronomicznych.

W punkcie XVIII specyfikacji i w §3 ust. 11 załącznika nr 4 do specyfikacji zamawiający zażądał, aby wykonawcy zgodzili się na 60-dniowy termin płatności ceny należnej za realizację zamówienia. Warto zwrócić uwagę, że postanowienia tego rodzaju są niezgodne z ustawą o terminach zapłaty w transakcjach handlowych i z mocy samego prawa skutkują powstaniem należności odsetkowych za okres po upływie 30 dni od dnia realizacji zamówienia. Niemniej zasadniczym zarzutem jest w tym wypadku naruszenie przez zamawiającego przepisu art.7 ust. 1 PZPN, ponieważ żądanie tak długiego terminu płatności narusza zasadę uczciwej konkurencji poprzez faktyczne wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy nie dysponują bardzo dużym wolnym kapitałem, płynnością finansową i zdolnością kredytową. Zamawiający w istocie zmusza wykonawców, aby udzielili mu długiego kredytu, a przecież na to stać będzie tylko wąską grupę wykonawców. Pozostali wykonawcy, choć z powodzeniem mogliby realizować zamówienie, nie będą mogli się o nie ubiegać tylko, dlatego, że nie dysponują tak dużym potencjałem kapitałowym, który pozwala na kredytowanie zamawiającego aż przez 60 dni. Przy tym istotne jest, że po stronie zamawiającego nie występują żadne przyczyny faktyczne, które mogłyby stanowić uzasadnienie dla takiego ograniczenia konkurencji.

Odwołujący posiada oczywisty interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który to interes został przez zamawiającego naruszony poprzez wadliwe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyżej opisane i wyjaśnione wady postanowień specyfikacji naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych, a co za tym idzie, procedura udzielenia zamówienia uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o zamówienie w sposób zgodny z prawem oraz gwarantujący mu zachowanie uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie.

Zamawiający oddalając protest w zakresie wskazanych powyżej zarzutów wskazał, co następuje:

1. W ww. postępowaniu zamawiający określił przedmiot zamówienia jako *Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych (...)*. Przedmiotowe bony nie są towarem tylko znakiem legitymacyjnym, na podstawie, którego otrzymuje się odpowiednie towary lub usługi, dlatego przedmiot zamówienia mieści się w zakresie pojęcia *dostawa*. *Dostawa* zaś - to, zgodnie z art. 2 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych, *nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w*

szczegółności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Z kolei zamówienia publiczne to według art. 2 ust. 13 Ustawy Pzp umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zakup bonów żywieniowych przez Zamawiającego stanowi zamówienie na dostawę w rozumieniu prawa zamówień publicznych i udzielenie tego zamówienia powinno być dokonane z zastosowaniem procedur zawartych w jej przepisach (vide: opinia Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej www.uzp.gov.pl/zagadnienia_merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/). Zamawiający opisał przedmiot zamówienia do przedmiotowego postępowania w *Szczegółowym zakresie przedmiotu zamówienia* stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, w sposób, który nie utrudnia zasad uczciwej konkurencji. Protestujący nie wykazał naruszenia ww. przepisu, stwierdził jedynie, iż opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości *porównania oferowanych przez wykonawców towarów*", co nie znajduje uzasadnienia dla przedmiotu postępowania jakim jest „dostawa bonów żywieniowych”. Ponadto realizacja ciążącego na Pracodawcy obowiązku wynikającego z brzmienia art. 232 Kodeksu Pracy w niniejszym postępowaniu jest zgodna z przepisami wykonawczymi tj. Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279). Specyfika pracy górniczej oraz względy higieniczno-sanitarne wykluczają możliwość dostarczenia posiłków profilaktycznych na stanowisko pracy podczas pracy, dlatego pracodawca w myśl § 2 ust. 2 przywołanego Rozporządzenia może zapewnić przyrządzenie posiłków przez pracowników we własnym zakresie z otrzymanych produktów. A temu właśnie służy ogłoszenie przedmiotowego postępowania. Równocześnie Zamawiający wskazuje, iż wyrokiem KIO z dnia 13 maja 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP/562/09) został oddalony tożsamy zarzut Wykonawcy z następującym uzasadnieniem: „.... skład orzekający Izby stwierdza, że przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych. Przedmiot ten funkcjonuje w wielu postępowaniach. ".... Przedmiotowe bony nie są towarem tylko znakiem legitymacyjnym, na którego podstawie posiadacz otrzymuje odpowiednie towary, dlatego przedmiot zamówienia mieści się w pojęciu dostawa, zgodnie z art.2pkt 2 Pzp. " i dalej: „.... przedmiotem zamówienia są bony i niesiona w nich wartość nabywcza, za którą posiadacze będą mogli nabywać artykuły potrzebne do przyrządzania posiłków we własnym zakresie. Dlatego przedmiot zamówienia został właściwie określony przez Zamawiającego. Wszyscy Wykonawcy mogą sporządzić, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i całej specyfikacji właściwe oferty, które Zamawiający będzie mógł obiektywnie porównać i ocenić na zasadach całkowicie równej konkurencji między Wykonawcami”

2. Zgodnie z opinią zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (vide: jw.) - zgodnie z treścią art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1071) 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 jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Treść art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wyłącza stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przy zakupie bonów. Ustawodawca w art. 2 pkt 5 Ustawy Pzp wskazał na dwa sposoby oceny ofert: pierwszy odnosi się do wyboru oferty z najniższą ceną, drugi do wyboru oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Przepis art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ogranicza możliwość sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty. W wypadku zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów wyłącznie kryterium ceny przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający musiałby liczyć się z koniecznością unieważnienia postępowania, z uwagi na wpłynięcie identycznych pod względem cenowym ofert. Żądanie w tym wypadku przez Zamawiającego, na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy, złożenia ofert dodatkowych byłoby bezprzedmiotowe, skoro wykonawcy nie mogą przedstawić innej ceny ofertowej. Postępowanie takie musiałoby zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc powyższe pod uwagę, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów nie jest właściwe zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Ze względu na konieczność wyboru jednej oferty Zamawiający organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia także inne niż cena kryterium jakim będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zastosowane kryterium musi mieć charakter przedmiotowy (art. 91 ust. 3 ustawy) i powinno odnosić się do tych elementów, które mogą różnicować poszczególne oferty. Określenie kryteriów oceny ofert jest uprawnieniem Zamawiającego i ma charakter indywidualny, dlatego jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z przywołaną opinią UZP) jest liczba punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, w których można będzie realizować bony żywieniowe (vide: wyrok z dnia 3 kwietnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 368/09; wyrok z dnia 13 maja 2009 r. sygn. KIO/UZP 562/09). Podkreślił również, iż waga kryterium cenowego w sytuacji, gdy Wykonawcy nie mogą przedstawić różnych cen

ofertowych nie ma wpływu na bilans wszystkich kryteriów oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert mają na celu wyłonienie Wykonawcy, który poda w swojej ofercie największą ilość placówek handlowych i gastronomicznych (oferta takiego Wykonawcy będzie dla Zamawiającego ofertą najkorzystniejszą). Zamawiającemu da to możliwość wyboru placówek handlowych i gastronomicznych, w których pracownicy Zamawiającego będą mogli realizować bony żywieniowe.

3. Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko takich Wykonawców, którzy będą w stanie zrealizować dane zamówienie (vide: wyrok z dnia 13 maja 2009 r. sygn. KIO/UZP 562/09). Stawianie kryteriów podmiotowych służyć ma Zamawiającemu przede wszystkim w wyłonieniu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której Wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wskazuje, jakich dokumentów może żądać Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu objętym Ustawą Prawo zamówień publicznych, a wskazanych w art. 22 ust. 1 i 2 ww. Ustawy. Również na podstawie art. 138c ust. 1 pkt.2 Zamawiający sektorowy (a takim jest Kompania Węglowa S.A.) może *„żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust.2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków”*. Zamawiający opierając się również na przywołanej opinii Urzędu Zamówień Publicznych zażądał na potwierdzenie określonego w pkt. X ust. 1 b) SIWZ warunku, wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zgodnie z pkt. XII ust.2 SIWZ.
4. Słowo „dysponuje” wprowadził do ustawy Prawo zamówień publicznych Ustawodawca. *Zarówno, bowiem kategoria „posiadania” jak i „dysponowania” nie wymaga, aby Zamawiający był właścicielem środków technicznych niezbędnych do udzielenia zamówienia. (...) zmiana ta ma znaczenie o tyle, że Wykonawca aby złożyć prawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, nie musi być fizycznie w posiadaniu tych środków w momencie składania oświadczenia. Wystarczy, że w sytuacji, gdy takich środków nie posiada, zawarł stosowne porozumienia, na podstawie, których będzie dysponował stosownymi środkami technicznymi w dacie wykonania zamówienia* (vide: Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego; Wydanie trzecie; Urząd Zamówień Publicznych; Warszawa 2007, str. 128). Zacytowany fragment komentarza można zastosować na zasadzie analogii do punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych.

5. Zamawiający oddalając protest w zakresie terminu płatności wynoszącego 60 dni od daty wpływu noty księgowo-obciążeniowej do Zamawiającego wskazał, iż takie określenie terminu nie narusza obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności zawartych w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Interes Wykonawcy będącego stroną umowy, w której przewiduje się 60-cio dniowy termin płatności jest ustawowo chroniony (art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych) poprzez wyposażenie Wykonawcy w prawo żądania od Zamawiającego (dłużnika) zapłaty odsetek ustawowych począwszy od 31 - go dnia po spełnieniu świadczenia i dostarczenia noty do dania zapłaty. Wobec powyższego Zamawiający stwierdza, iż nie naruszył jakiegokolwiek prawa, w tym w szczególności przepisów art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (*vide: Wyrok KIO/UZP 946/09 z dnia 3 sierpnia 2009 r.*) Zamawiający podał również, iż w zakresie żądania przez Protestującego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający oddala żądanie strony jako bezzasadne, gdyż nie zachodzi żadna okoliczność uzasadniająca powyższe żądanie w oparciu o art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę dowody z dokumentacji postępowania, wyjaśnienia odwołującego i zamawiającego i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut pierwszy nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut ten dotyczy naruszenia przepisów art. 2 pkt 2 i 13, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 2 pkt 2 i 13 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [Pzp], gdyż – zdaniem odwołującego – w punkcie III. podpunkt 1 i 2 specyfikacji, we wszystkich punktach „Szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji (punkty od 1 do 10), w punkcie 1 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, w § 1 ust. 1, § 2 ust. 1, 2 i 4 istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji, zamawiający określił przedmiot zamówienia, który nie jest ani dostawą, ani robotą budowlaną, ani usługą. Ponadto odwołujący zarzucił, że wyżej przytoczone postanowienia specyfikacji nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia i opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości obiektywnego porównania oferowanych przez wykonawców towarów, a co za tym idzie, wyłącza całkowicie równą konkurencję między wykonawcami. I wreszcie – zdaniem odwołującego – ze względu na naruszenie art. 232 Kodeksu pracy, konieczne jest unieważnienie postępowania o udzielenie

zamówienia, ponieważ umowa naruszająca bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pracy będzie nieważna.

Po analizie dokumentacji, a zwłaszcza specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że – wbrew twierdzeniom wykonawcy przedmiotem zamówienia jest dostawa, w tym przypadku dostawa bonów żywnościowych wraz z zapewnieniem realizacji tych bonów, które są znakiem legitymacyjnym, na którego podstawie posiadacz otrzymuje odpowiednie towary. Stąd przedmiot zamówienia mieści się w pojęciu dostawa, zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp. Izba uznała również, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a jedynie stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia nie daje możliwości „porównania oferowanych [...] towarów”. W ocenie składu orzekającego Izby, przedmiot zamówienia został właściwie określony zważywszy, iż przedmiotem zamówienia są bony i niesiona w nich wartość nabywcza, za którą posiadacze będą mogli nabywać artykuły potrzebne do przyrządzania posiłków we własnym zakresie. Z tych też względów, zdaniem Izby, wykonawcy mogą sporządzić, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz z uwzględnieniem innych postanowień specyfikacji właściwe oferty, które zamawiający będzie mógł obiektywnie porównać i ocenić na zasadach całkowicie równej konkurencji między wykonawcami. Izba nie stwierdziła także naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych w twierdzeniu zamawiającego, iż ze względu na specyfikę pracy górników oraz względy higieniczno-sanitarne zamawiający nie ma możliwości dostarczenia posiłków profilaktycznych na stanowisko pracy podczas pracy i stąd pracodawca zapewnia przyrządzanie posiłków przez pracowników we własnym zakresie, zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279). Do oceny naruszenia innych przepisów, w tym ewentualnego naruszenia przepisów prawa pracy są powołane inne organy, a zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej jest ograniczony, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, do rozpoznawania spraw w zakresie naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Rozpoznając kolejny (drugi) zarzut, dotyczący naruszenia przepisów art. 2 pkt 1 oraz art. 2 pkt 5 i art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, skład orzekający Izby nie przychylił się do tego zarzutu. W tym przypadku skład orzekający Izby stwierdził, że zgodnie z treścią art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr

101, poz. 1178 ze zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże zamawiający nabywając bony jest obowiązany stosować się do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, że w praktyce – dla tej kategorii zamówień - zamawiający spotka się z takimi samymi cenami ofertowymi, musi wziąć pod uwagę drugi sposób oceny ofert wskazany w art. 2 pkt 5 Pzp. Pierwszy sposób wskazuje bowiem na wybór oferty z najniższą ceną, drugi sposób dopuszcza do wyboru oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Dalej Izba wskazuje, iż zamawiający, zgodnie ze swoimi potrzebami może określić kryteria wyboru odnoszące się do przedmiotu zamówienia i ocena ofert w pozostałych kryteriach (poza ceną) może wskazać na najkorzystniejszą ofertę. Jest to zgodne z przytaczanym przepisem art. 2 pkt 5 Pzp. Zauważenia również wymaga, iż określenie kryteriów oceny ofert jest uprawnieniem zamawiającego i ma charakter indywidualny, dlatego jednym z kryteriów oceny ofert w rozpoznawanym postępowaniu jest liczba punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych i jest to zgodne z przytoczonymi przepisami. W tym względzie – tak jak podnosi się w orzecznictwie i doktrynie - przyznać należy rację zamawiającemu, iż uprawniony on jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalenia kryteriów oceny ofert), w wyniku, którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności ma zawsze w jakimś zakresie charakter subiektywny, bo jest on odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu. W przedmiotowym postępowaniu, kryteria oceny ofert mają na celu wyłonienie wykonawcy, który poda w swojej ofercie jak największą ilość placówek handlowych i gastronomicznych. Umożliwia to w praktyce swobodny wybór placówek handlowych i gastronomicznych, w których pracownicy zamawiającego będą mogli realizować bony żywieniowe (kupony profilaktyczne).”.

Rozpoznając zarzut trzeci – dotyczący naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 Pzp, użyte w specyfikacji pojęcie sieci punktów handlowych (gastronomicznych) nie mieści się w pojęciu potencjału technicznego, o jakim mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby uznał, iż także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku Izba stwierdza, iż zamawiający – generalnie - ma obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko wykonawców, którzy będą w stanie zrealizować zamówienie i może żądać tylko dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jednakże na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający sektorowy (a takim jest Kompania Węglowa S.A.) może „żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp [...] jeżeli jest to

niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków". Stąd zamawiający opierając się na tym przepisie był uprawniony do żądania na potwierdzenie określonego w pkt X ust. 1 lit. b specyfikacji warunku, wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zgodnie z pkt XII ust. 2 specyfikacji.

W zakresie zarzutu czwartego – naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 Pzp, skład orzekający Izby oddalając ten zarzut, podzielił pogląd zamawiającego wyrażony w rozstrzygnięciu protestu, iż pojęcie „dysponuje” jest pojęciem wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych i dalej na gruncie tych przepisów kategoria „posiadania” jak i „dysponowania” nie wymaga, aby zamawiający był właścicielem środków technicznych niezbędnych do udzielenia zamówienia. (...) zmiana ta ma znaczenie o tyle, że Wykonawca aby złożyć prawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu nie musi być fizycznie w posiadaniu tych środków w momencie składania oświadczenia. Wystarczy, że w sytuacji, gdy takich środków nie posiada, zawarł stosowne porozumienia, na podstawie których będzie dysponował stosownymi środkami technicznymi w dacie wykonania zamówienia, To oznacza, iż takie rozumienie wymagania w specyfikacji należy zastosować na zasadzie analogii do punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych.

W zakresie ostatniego z zarzutów, naruszenia art. 7 ust.1 i 2 Pzp w związku z ustaleniem w siwz bezzasadnie długiego terminu płatności skład orzekający Izby stwierdza, że brak jest w obowiązujących przepisach prawa, a w szczególności w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zakazu zawarcia w umowie postanowienia przewidującego dłuższy niż 30. dniowy termin zapłaty. Interes wykonawcy, będącego stroną umowy, w której przewidziano 60. dniowy termin płatności jest ustawowo chroniony (art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych), poprzez wyposażenie wykonawcy (wierzyciela) w prawo żądania od zamawiającego (dłużnika) zapłaty odsetek ustawowych począwszy od 31 – go dnia (po spełnieniu świadczenia i doręczeniu faktury) do dnia zapłaty. Samego prawa żądania zapłaty odsetek nie można unicestwić lub ograniczyć, poprzez czynność prawną (art. 9 tejże ustawy). Takiej próby nie podejmował zresztą zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisów prawa i orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:

.....

.....