

Sygn. akt: KIO 1737/12

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Sodexo Motivation Solution Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Cheque Dejeuner Sp. z o.o., ul. Górczewska 124, 01-460 Warszawa** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

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

I. Kompania Węglowa S.A. w Katowicach (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 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 12 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE poz. 2012/S 95-158118 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 13 sierpnia 2012 r. Chèque Déjeuner Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1, ewentualnie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez:

- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego pomimo, że w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert jest to oferta najkorzystniejsza i dokonanie wyboru oferty Sodexo Motivation Solutions Polska, ewentualnie:
- zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca Sodexo Motivation Solutions Polska Sp. z o.o. w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W informacji o wyborze oferty Zamawiający wskazał, że spośród zaoferowanych placówek, w których miało być realizowane zamówienie, nie zaakceptował i nie uwzględnił przy ocenie oferty 7 placówek oferowanych przez Odwołującego. Były to m. in. placówki w wykazie załączonym do oferty Odwołującego, oznaczone numerami 13, 14, 51, 52, 53. W ocenie Odwołującego, w wyniku nieprawidłowego nieuwzględnienia tych pięciu placówek oferta Odwołującego nie została wybrana. Ich uwzględnienie przy ocenie ofert

spowodowałoby, że liczba placówek z oferty przewyższyłaby liczbę placówek uznanych w ofercie ocenionej jako najkorzystniejsza i wówczas Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Nieuwzględnienie placówek nr 14, 51, 52, 53 z uwagi na złożenie umów o akceptację bonów Odwołującego narusza jego zdaniem postanowienia SIWZ, w której przecież dopuszczono oprócz oświadczeń zgodnych ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 także inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe Wykonawcy wydawane pracownikom KW S.A. w okresie wykonywania zamówienia pod nazwą „Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddziału KWK „Brzeszcze” w okresie 12 miesięcy”. W konsekwencji, przedłożone wraz z ofertą przez Odwołującego umowy potwierdzają, że placówki te będą realizować bony Odwołującego. Jak wskazał Odwołujący w swoich wyjaśnieniach, w umowach jest zawarte zobowiązanie do akceptacji bonów. Biorąc to pod uwagę, należy uznać, że przedłożone umowy są innymi dokumentami, o których mowa w SIWZ, które potwierdzają, że placówki będą realizować bony emitowane przez Odwołującego i wydawane pracownikom Zamawiającego.

W zakresie placówki nr 13 Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stwierdził, że nie uznaje tej placówki, ponieważ nie odpowiada definicji placówki gastronomicznej określonej w SIWZ. Ponadto stwierdził, że "W chwili obecnej placówka została zamknięta i nie jest możliwa dodatkowa wizja lokalna". Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie placówka nie odpowiada definicji placówki gastronomicznej określonej w SIWZ. Z tego już tylko względu ocena obarczona jest wadą. Ocena bowiem oferty i jej uzasadnienie powinno być wyczerpujące. Odwołujący wobec braku wystarczającego uzasadnienia oceny ofert przyjął założenie, że chodzi o kwestię 15 miejsc, na to bowiem uwagę zwrócił Zamawiający w piśmie z dnia 9 lipca 2012 r. Jeżeli jednak powód jest inny, to Odwołujący zastrzegając sobie możliwość wniesienia odwołania w terminie liczonego od chwili poznania uzasadnienia tej decyzji. Niezależnie od tego, zauważał, że uzasadnienie Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne. Jeżeli bowiem nie jest możliwa wizja lokalna, to na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, że placówka nie odpowiada definicji SIWZ? Odwołujący podnosi, że placówka spełnia wymagania SIWZ, a obecnie jest chwilowo zamknięta ze względu na sezon urlopowy i wakacje właściciela.

Odwołujący z ostrożności procesowej wskazuje, że nawet gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła powyższej argumentacji, to jako naruszające art. 26 ust. 3 PZP należy ocenić zaniechanie Zamawiającego polegające na niewzwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Oświadczenia bowiem należy zaliczyć do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, a te dokumenty podlegają uzupełnieniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 3 PZP. Zamawiający nie dokonał jednak wezwania do ich uzupełnienia. Powyższe

potwierdza także cytowany powyżej wyrok KIO.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności treści SIWZ, oferty Odwołującego i oferty Sodexo Motivation Solutions Polska oraz pytań i wyjaśnień do ofert a także informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
- 2) uwzględnienie odwołania;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego;
- 6) zwrot kosztów postępowania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt XIV SIWZ (kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy) przewidziano 2 kryteria oceny ofert. Były to:
 - 1) cena brutto - waga 30%
 - 2) łączna ilość punktów handlowych i gastronomicznych na terenie miasta Brzeszcze i gminy Brzeszcze - waga 70% ;
2. W pkt VIII SIWZ Zamawiający określił dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. W pkt IX SIWZ Zamawiający z kolei opisał dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ

(szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt 2 wskazywał minimalną wymaganą liczbę placówek handlowych i gastronomicznych: odpowiednio – 5 i 1). Zamawiający wymagał, aby dołączyć do oferty wykaz punktów handlowych i gastronomicznych, w których będą realizowane bony żywieniowe. Wykaz ten miał być złożony wg wzoru - załącznik nr 7 do SIWZ. Dodatkowo w załączniku nr 7 do SIWZ Zamawiający zapisał kolejne wymaganie, tj. wymóg aby do wykazu dołączyć "oświadczenia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) podmiotów trzecich (placówek handlowych/ gastronomicznych) lub inne dokumenty potwierdzające, iż podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe Wykonawcy wydawane pracownikom KW S.A. w okresie wykonywania zamówienia pod nazwą „Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddziału KWK „Brzeszcze” w okresie 12 miesięcy" (nr sprawy: 101200187)". W załączniku nr 8 SIWZ Zamawiający określił wzór oświadczenia (miało ono mieć treść, taką jak zacytowano w zdaniu poprzednim).

3. W dniu 23 maja 2012 r. (pismo z dnia 22 maja br.) Przystępujący zadał pytania do SIWZ, m.in. prosząc o wyjaśnienie, czy pod pojęciem „inne dokumenty” mające potwierdzać możliwość realizacji bonów w danej placówce można rozumieć „zweryfikowane i aktualnie obowiązujące umowy zawarte z placówkami handlowymi/gastronomicznymi, które jednoznacznie wskazują na jaki okres są zawarte i w jakich placówkach będą realizowane bony Wykonawcy. Umowy te bezsprzecznie potwierdzają, że w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia w wskazanych punktach będą akceptowane bony”. Na tak zadane pytanie Zamawiający w dniu 25 maja 2012 r. udzielił stanowczej odpowiedzi, że innymi dokumentami mogą być umowy, „które będą jednoznacznie potwierdzały (w treści umowy), że zostały zawarte w celu realizacji zamówienia pt.: „„Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddziału KWK „Brzeszcze” w okresie 12 miesięcy" (nr sprawy: 101200187)".
4. Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz placówek, do którego załączył szereg oświadczeń sporządzonych wg wzoru przygotowanego przez Zamawiającego oraz dla pozycji 14, 51, 52, 53 zawarte z właścicielami placówek handlowych i gastronomicznych umowy o współpracy, z których wynika, że placówki te będą akceptować bony emitowane przez Odwołującego. Nie było sporne, że umowy te mają charakter generalny, odnoszą się ogólnie do możliwości realizacji bonów, nie w ramach konkretnego zamówienia realizowanego dla Zamawiającego, z datą zawarcia przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie.

5. Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2012 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m. in. odnośnie placówek nr 14, 50, 51, 52, 53, dla których Odwołujący załączył do oferty kopie umów z właścicielami placówek. Zamawiający wezwał również do wyjaśnień w sprawie placówki nr 13, wobec której stwierdził iż nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż brak jest w niej 15 miejsc siedzących.
6. Odwołujący pismem z dnia 13 lipca 2012 r. złożył wyjaśnienia wskazując, że „Zgodnie z treścią SIWZ do oferty należało załączyć oświadczenia lub inne dokumenty potwierdzające, że podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy. Do oferty załączyliśmy umowy z właścicielami placówek handlowych i gastronomicznych. W umowach tych właściciele placówek zobowiązali się do akceptacji bonów żywieniowych wykonawcy. Stąd też umowy są wystarczającymi dokumentami potwierdzającymi, że podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy. Wszystkie wskazane w ofercie punkty handlowe i gastronomiczne spełniają wymagania SIWZ, a przedłożone umowy są prawnie wiążące. Dlatego też w przypadku wyboru naszej oferty będą realizować dostarczane Zamawiającemu bony. Tym samym nie ma podstaw do tego aby kwestionować przedłożone dokumenty. Umowy załączone do oferty, podobnie jak oświadczenia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, są wyrazem zobowiązania się właścicieli placówek do honorowania bonów wykonawcy. Charakter obu dokumentów jest tożsamy - umowa zawiera w sobie oświadczenie właściciela placówki. Stąd też nie ma powodów, aby uznać umowy za dokumenty niewystarczające.”

Ponadto *Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2012 sygn. akt 1152/12, w którym Izba analizując ten sam wzór SIWZ (postępowanie toczyło się na potrzeby innego oddziału Zamawiającego) stwierdziła, że "Przedstawienie zawartych umów jest zwyczajowo przyjmowanym, nie tylko w zamówieniach publicznych, ale i w powszechnym obrocie, sposobem potwierdzania, że dane podmioty podjęły pewne zobowiązania. Nie dziwi więc, że wykonawca uznał je za inny dokument potwierdzający realizację bonów". Ponadto, odwołujący wyjaśnił, że „Wykonawca wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego załączył do oferty, jak również do niniejszego pisma, oświadczenia właścicieli placówek dotyczące części z punktów wskazanych w ofercie w formie zgodnej z załącznikiem nr 8 do SIWZ. Jest jednak jedynie wyraz daleko idącej woli współpracy, gdyż jak wskazaliśmy powyżej SIWZ dopuszcza przedstawienie innych niż oświadczenia zgodne z załącznikiem nr 8 do SIWZ dokumentów potwierdzających, że podmioty trzecie będą realizować bony żywieniowe wykonawcy i za takie dokumenty należy uznać umowy”*

W odniesieniu do placówki nr 13 Odwołujący wyjaśnił, że przeprowadził telefoniczną weryfikację placówki i właściciel S..... K..... potwierdził, że lokal posiada

15 miejsc siedzących.

7. W informacji o wyborze oferty Zamawiający poinformował, że spośród placówek z wykazu załączonego do oferty Odwołującego nie zaakceptował i nie uwzględnił przy ocenie oferty 7 placówek. Były to m. in. placówki 13, 14, 51, 52, 53, których dotyczyły zarzuty odwołania.
8. W odpowiedzi na pytanie przewodniczącej, ile placówek musi mieć Odwołujący dodatkowo ponad już zaliczone, aby wygrać postępowanie, Zamawiający na rozprawie wskazał na pkt 3 i 4 informacji o wynikach postępowania, gdzie przyjął do oceny dla Przystępującego 64 placówki, a dla Odwołującego 61 placówek – z tego wynika, że aby wygrać postępowanie, Odwołującemu brakuje 4 placówek. Dodał, że gdyby punktować placówki poparte umowami bez względu na ich treść, to wygrałaby oferta wykonawcy Wasza Żywieniowa, która wskazała w wykazie 80 placówek, większość nie popartych wymaganymi oświadczeniami.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo dostrzegł, że z praktycznego punktu widzenia jedynym kryterium mającym znaczenie dla ustalenia rankingu ofert była ilość punktów handlowych i gastronomicznych w miejscowości i gminie Brzeszcze. Aby zając pierwsze miejsce w rankingu ofert, Odwołujący musiałby uzyskać akceptację 4 placówek spośród 7 niezaakceptowanych przez Zamawiającego z wykazu załączonego do oferty Odwołującego. Wśród 7 placówek z wykazu, które nie zostały uwzględnione w przyznanej mu punktacji, Odwołujący kwestionował pięć placówek: placówkę nr 13 z wykazu - z powodu nieprawidłowego jego zdaniem nieuznania jej za placówkę gastronomiczną i placówki nr 14, 51, 52, 53 – z powodu załączenia do nich umów o charakterze generalnym, a nie szczegółowo wskazujących możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji jedynie potwierdzenie się zarzutów odwołania co do błędnego zaniechania uznania czterech placówek gastronomicznych pozwalałoby na uwzględnienie odwołania – potwierdzenie się zarzutów odnośnie tylko jednej placówki nie miałoby wpływu na wynik postępowania, zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych odwołanie w takim przypadku nie mogłoby zostać uwzględnione.

Nie było sporne, że aby potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, należało wykaz placówek, co najmniej w liczbie wskazanej przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ, i do wykazu załączyć odpowiednie dokumenty, potwierdzające przydatność tej placówki dla przedmiotu zamówienia. Nie było również

sporne, że Odwołujący wykazał, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymogi Zamawiającego – załączony do jego oferty wykaz placówek zawierał większą liczbę placówek, niż wymagana jako minimalna. Sporna była okoliczność, czy można potwierdzić możliwość realizacji bonów w ramach przedmiotowego zamówienia w danej placówce nie dokumentami o treści wymaganej w SIWZ, a umową o współpracy o charakterze generalnym. Przy czym Odwołujący zasadniczo nie dowodził, że umowy o treści ogólnej są wystarczające do wykazania, że oferowane usługi spełniają wymogi Zamawiającego, ale - jak się wydaje – są wystarczające dla podwyższenia punktacji. Odwołujący powoływał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO i okoliczność, że wymóg uzyskania skonkretyzowanego oświadczenia od właściciela każdej placówki osobno jest absurdalny i nadmierny; Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie przedstawiał szczegółowe wywody na temat większej wagi umowy, niż oświadczenia.

Izba stwierdziła, że wymóg Zamawiającego odnośnie załączenia do oferty oświadczeń właścicieli placówek o określonej treści nie był nadmierny. Zamawiający prowadzi postępowanie na realizację bonów żywieniowych w danej miejscowości i w jego słusznym pojętym interesie (a także osób, które będą korzystać z posiłków) jest zapewnienie sobie możliwie aktualnej wiedzy o możliwości realizowania bonów wykonawcy w danej placówce; stąd wymóg złożenia oświadczenia przez właściciela placówki o określonej treści, korespondującej z przedmiotem zamówienia. Poza tym o fakcie, że wymóg w tym zakresie wcale nie był nadmierny i niemożliwy do zrealizowania świadczy to, że dla 62 placówek (placówka nr 13 została pominięta przy punktacji z innych powodów) Odwołujący wymagane oświadczenia jednak złożył.

Wywody Odwołującego o przewadze umowy nad oświadczeniem, jako czynności dwustronnej i zawierającej essentialia negotii czynności prawnej nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów – umowy o charakterze generalnym nie mogły wobec postanowień SIWZ i odpowiedzi na zadane pytanie udzielonej w tym postępowaniu potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Nie oznacza to, że umowa nie mogła być dokumentem potwierdzającym określoną okoliczność – ale umowa musiała mieć określoną treść, taką, jak przewidziano w SIWZ dla oświadczenia, tj. odnosić się do realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia, bonów realizowanych w odpowiednim czasie na rzecz pracowników Zamawiającego. Izba zauważyła, że nie mogły być punktowane placówki, dla których nie złożono dokumentów, które potwierdzają zgodnie z SIWZ wymogi Zamawiającego. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie można wezwać Odwołującego do ewentualnego uzupełnienia tych dokumentów – Odwołujący bowiem warunki udziału w postępowaniu spełnił, wykazał też, że oferowane przez niego dostawy

spełniają wymogi Zamawiającego (co do minimalnej liczby placówek). W ocenie Izby wezwanie go na tym etapie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych nie w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, ale w celu podwyższenia punktacji – naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji; gdyby zaakceptować dopuszczalność takiego wezwania, należałoby wezwać do uzupełnienia również innych wykonawców którzy złożyli oferty – równie dobrze Przystępujący mógłby uzupełnić swój wykaz o nowe pozycje (na rozprawie oświadczył, że placówek, co do których nie zdążył uzyskać wymaganego w SIWZ oświadczenia, w związku z treścią odpowiedzi na pytanie do SIWZ w ogóle do wykazu nie wpisał). Podobnie o braku możliwości zastosowania w podobnych okolicznościach przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wypowiedziała się Izba w uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 1152/12, na które wskazywał Odwołujący.

Odwołujący powoływał się na dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i podnosił, że Izba dopuszczała umowy jako potwierdzenie wymogów Zamawiającego. Skład orzekający w niniejszej sprawie zauważa, że Odwołujący nie może upatrywać ogólnej reguły co do uznawania umów (bądź nieuznawania) w uzasadnieniach orzeczeń Izby. Izba wydając wyrok w konkretnej sprawie, odnosi się do stanu faktycznego ustalonego w toku postępowania, bierze pod uwagę argumentację stron; znaczenie ma treść konkretnej umowy i inne okoliczności w sprawie (postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania do SIWZ). O ile można się doszukiwać w pewnych stanach faktycznych analogii w stosowaniu przepisów Prawa zamówień publicznych, to trudno się spodziewać, że Izba ustali w orzeczeniu ogólną regułę, czy „umowa” spełnia wymogi Zamawiającego. Z uzasadnienia sygn. akt KIO 1152/12 wynika, że w postępowaniu, którego dotyczył spór, Zamawiający nie skonkretyzował wymogów co do treści umów – tymczasem w niniejszym postępowaniu zostało zadane pytanie do SIWZ, korespondujące z problemem braku określenia szczegółowych wymogów co do treści „innych dokumentów” mających potwierdzać wymagania Zamawiającego (treść zadanego pytania mogła wynikać z doświadczeń zdobytych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia i z wskazówek dookreślenia postanowień SIWZ w orzeczeniu sygn. akt KIO 1152/12). Wobec powyższego, w obecnym postępowaniu polemika Odwołującego odnośnie zakresu wymogu Zamawiającego co do skonkretyzowanej treści oświadczenia/umowy stanowi w istocie spóźniony zarzut na treść SIWZ (i ewentualnie – odpowiedzi na pytanie zadane do SIWZ). Skład orzekający zwraca uwagę, że w orzeczeniu sygn. akt KIO 1410/12 Izba jednoznacznie stwierdziła, że ogólna umowa o współpracy (o charakterze podobnym, jak umowy sporne w niniejszym postępowaniu) jest niewystarczająca, aby uczynić zadość wymogom Zamawiającego określonym w SIWZ

w sposób analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu, a zatem rozstrzygnięcie kwestii możliwości akceptacji danej umowy zależy od ustalonego w sprawie stanu faktycznego.

W odniesieniu do placówki nr 13 z wykazu potwierdziły się zarzuty odwołania co do lakoniczności uzasadnienia w informacji o wyniku postępowania braku przyznania jej punktu, a ponadto jest wątpliwość co do zasadności jej nieuznania przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że placówka nie spełnia jego wymogu co do obsługi minimalnej liczby osób. Zdjęcia złożone do akt przez Zamawiającego i Przystępującego dowodzą jedynie, że sporny lokal jest nieduży, lecz ma możliwość różnego zaaranżowania przestrzeni wewnątrz (złożono zdjęcia z różnych dat funkcjonowania lokalu z innym układem stolików i miejsc siedzących). Nie wykazano natomiast, że wymiary sali do wydawania posiłków uniemożliwiają obsługę 15 miejsc siedzących (zdjęcia nie przedstawiają całego pomieszczenia, a jedynie fragmenty, jedno ze zdjęć przedstawia pustą salę - bez osób korzystających z posiłków - w której stoliki nie są całkowicie otoczone ławami: nie wiadomo, czy jest to etap przejściowy zmiany aranżacji lokalu, czy będą dostawione ławy/krzesła). Z drugiej strony, Odwołujący złożył jedynie oświadczenie, że prowadził „telefoniczną weryfikację placówki i właściciel S..... K..... potwierdził, że lokal posiada 15 miejsc siedzących”. Jednak Izba stwierdziła, że nawet pozytywne dla Odwołującego ustalenia w tym zakresie nie będą miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ ewentualne uznanie tej placówki za punktowaną nie miałyby znaczenia dla rankingu ofert (jak na wstępie zaznaczono, dla uzyskania przez Odwołującego pierwszej pozycji w rankingu ofert konieczne byłoby przyznanie dodatkowych punktów co najmniej 4 placówkom). Niezależnie od powyższego, na marginesie Izba zauważa, że w definicji placówki gastronomicznej w załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wykluczał placówki dostępne sezonowo, miały to być obiekty „czynne przez wszystkie dni robocze”, a Odwołujący sam w odwołaniu wskazał, że placówka nr 13 jest „chwilowo zamknięta ze względu na sezon urlopowy i wakacje właściciela”.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, ranking ofert ustalono prawidłowo, i dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....