

Sygn. akt: KIO 2602/17

**WYROK**

**z dnia 27 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jan Kuzawiński**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **P. W., ul. Młodopolska 13/5, 44-119 Gliwice**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach, ul. Górnych Wałów 9, 44-100 Gliwice**,

przy udziale

wykonawcy **Sodexo Benefits and Rewards Services Polska Sp. z o.o., ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P. W., ul. Młodopolska 13/5, 44-119 Gliwice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę –**P. W., ul. Młodopolska 13/5, 44-119 Gliwice**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579) 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

Zamawiający - Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach, ul. Górnych Wałów 9, 44-100 Gliwice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa bonów towarowych na opał dla świadczeniobiorców Ośrodka Pomocy Społecznej w Gliwicach”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 11.10.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 600811-N-2017 – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający pismem z dnia 5.12.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sodexo Benefits And Rewards Services Polska Sp z o.o w Warszawie (dalej – „Sodexo”) i odrzuceniu oferty wykonawcy P. W., ul. Młodopolska 13/5, 44-119 Gliwice na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o przyznanej ofertom punktacji.

Wobec powyższej czynności w dniu 8.12.2017 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę P. W., ul. Młodopolska 13/5, 44-119 Gliwice (dalej jako Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** polegające na wyborze oferty wykonawcy Sodexo Benefits And Rewards Services Polska Sp z o.o w Warszawie oraz prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania oferentów;
- 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp** w stosunku do wykonawcy Sodexo Benefits And Rewards Services Polska Sp z o.o w Warszawie, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo niezgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp** polegającego na jego błędnym zastosowaniu i odrzuceniu oferty wykonawcy firmy W&W P. W. w Gliwicach;

**4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp** polegające na błędnym jego zastosowaniu i żądaniu przedstawienia dowodów potwierdzających posiadanie tytułów prawnych do nieruchomości, a także naruszenie przepisów art. 26 ust 4 w związku z art. 25 ust 1 ustawy Pzp polegające na ich niezastosowaniu w celu uzyskania dowodów potwierdzających posiadanie tytułów prawnych do nieruchomości.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Sodexo jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy W&W P. W.,
- odrzucenie oferty wykonawcy Sodexo,
- dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

#### **Uzasadnienie odwołania**

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią SIWZ kryteriami oceny ofert były: a) cena, b) ilość składów opałowch oraz placówek usługowo-handlowych oraz c) liczba dni roboczych od zamówienia do dostawy. W przedmiotowym postępowaniu nie istniały różnice pomiędzy Wykonawcami w zakresie spełniania kryteriów a) i c). Punktem spornym, a także przedmiotem składanych wyjaśnień w toku postępowania była ilość składów opałowch oraz placówek, jakimi dysponuje każdy z Wykonawców. Odwołujący zaznacza, że Zamawiający dokonał w dniu 17.10.2017 r. modyfikacji SIWZ, dodając w punkcie 19.1 SIWZ definicję placówki usługowo-handlowej, zgodnie z którą placówka usługowo-handlowa to placówka, w której główną działalnością jest działalność usługowo-handlowa w zakresie sprzedaży materiałów opałowch, w tym węgla kamiennego, która jest dostępna dla ogółu konsumentów tzn. do którego konsument musi mieć możliwość wejścia; czynna co najmniej od poniedziałku do piątku (z wyjątkiem świąt), przez minimum 8 godzin.

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy Sodexo winna ulec odrzuceniu, albowiem spośród 8 miejsc wskazanych do realizacji umowy przez tego wykonawcę, 4 to składy opału a 4 to placówki usługowo-handlowe. Przy czym co do składów opału brak jest adresów tych placówek, a co do pozostałych miejsc wykonawca ten wskazał sklepy wielkopowierzchniowe marki Jula, Castorama oraz LeroyMerlin jako placówki usługowo-handlowe. Odwołujący podnosi, że miejsca wskazane przez Sodexo nie spełniają definicji wskazanej w SIWZ, gdyż w/w sklepy nie prowadzą sprzedaży węgla w zakresie swojej głównej działalności. Sprzedaż węgla w tych miejscach, o ile w ogóle jest prowadzona, stanowi działalność sezonową. Odwołujący podkreśla, że nie jest to jednak główna (czyli przeważająca) działalność tego rodzajów sklepów. Podnosi, iż Zamawiający zaniechawszy odrzucenia oferty Sodexo jako niespełniającej warunku zgodności z SIWZ tj. punktu 19.1 naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Pzp, zaś dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, dokonując uprzednio błędnej oceny kryterium ilości posiadanych składów. Dalej wywodzi, iż w konsekwencji powyższego, Zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przyjmując do oceny wyboru ofert placówki handlowo-usługowe wskazane w ofercie Sodexo i pomijając jednocześnie placówki wskazane przez odwołującego.

Odrzucenie oferty Odwołującego narusza w jego opinii przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego, treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazuje na lakoniczność uzasadnienia, z którego jedynie można domniemywać, że albo Zamawiający zakwestionował wszystkie składy opałowe wskazane przez wykonawcę albo stwierdził, że tylko jeden z nich spełnia ten wymóg. Odwołujący wskazuje, że ustalenie niezgodności treści oferty z SIWZ musi być pewne, nie budzące wątpliwości a nie stanowić ocenę subiektywną wynikającą z przekonania zamawiającego (wyrok KIO z 24.08.2015 KIO 1722/15).

Odwołujący powołuje się na zapis SIWZ, że bony towarowe na terenie miasta Gliwice muszą być oferowane w minimum 2 składach opałowych oferujących do sprzedaży opał, w tym węgiel kamienny i transport na życzenie klienta. Odwołujący wskazuje, że potwierdzając możliwość wykonania tego zobowiązania przedstawił wykaz miejsc prowadzenia działalności zgodnie z CEIDG, a nadto złożył wyjaśnienia Zamawiającemu zgodnie z otrzymanym zapytaniem. Odwołujący wywodzi, że z treści SIWZ, ani z treści pism zamawiającego kierowych do wykonawcy nie wynikał obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających tytuł prawny do każdego z miejsc prowadzenia działalności gospodarczej. Zaznacza, że gdyby dokument stanowiący tytuł prawny miał być częścią oferty, Zamawiający winien zażądać tego od wykonawców w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył w/w przepisy poprzez ich niezastosowanie, bowiem odrzucił ofertę odwołującego ze wskazaniem na niezłożenie dokumentu, którego uprzednio nie wskazał w SIWZ, nie poddając przy tym ocenie innych dowodów złożonych przez wykonawcę. Podnosi, że dowód w postaci wypisu z CEIDG, będącego dokumentem urzędowym — stanowi dokument, z którego wynika domniemanie prawdziwości zawartych w nim danych. Wskazuje na nowelizację ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (art. 16a w brzmieniu od dnia 19 maja 2016 roku), skutkiem której przedsiębiorca ma obowiązek posiadania tytułu prawnego do nieruchomości, które podaje w rejestrze. Z powyższego wywodzi, że wykaz 3 składów opałowych i 9 placówek usługowo-handlowych wskazanych przez Odwołującego należy uznać za spełnienie wymogów określonych w SIWZ w drodze dokumentu urzędowego jakim jest wypis z CEIDG. Odwołujący podnosi, iż skoro SIWZ nie

zawierał zakresu szczegółowości wykazania wymogu, o którym mowa w punkcie 11.4.4 SIWZ to każdy ze sposobów przyjętych przez odwołującego wykonawcę należy uznać za prawidłowy. W istocie, nawet pismo zamawiającego z dnia 21.11.2017 r. nie zawierało wyraźnego żądania przedstawienia dokumentów. Odwołujący wskazuje, że nie można wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w sposób satysfakcjonujący zamawiającego. Podnosi, że istotą procedury wyjaśnień jest bowiem uzyskanie jednoznacznych i konkretnych informacji w zakresie wskazanym w wezwaniu i takie wyjaśnienia Odwołujący złożył, a mając na uwadze także wynik oceny ofert z dnia 16.11.2017 r., w którym Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za spełniającą wymogi SIWZ, Odwołujący miał prawo oczekiwać, że złożone wyjaśnienia są wystarczające. Wskazuje, że ustawa Pzp w żadnym miejscu nie nakłada na wykonawcę obowiązku złożenia zamawiającemu dowodów potwierdzających składane wyjaśnienia (wyrok KIO z 2.11.2016 r., KIO 1954/16). Z tego wywodzi, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 22.12.2017 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, podkreślając przy tym, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ażeby oferta Sodexo była niezgodna z SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożonymi w postępowaniu, oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt III SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów towarowych dla świadczeniobiorców Ośrodka Pomocy. Na każdym bonie miał widnieć napis o treści „bon tylko na zakup opału” lub o treści zbliżonej.

Zgodnie z pkt 19.1 SIWZ przy wyborze oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

Cena – 40%,

Ilość składów opałowych oraz placówek usługowo-handlowych – 40%,

Liczba dni roboczych od zamówienia do dostawy bonów – 20%.

W dniu 17.10.2017 r. w odpowiedzi na pytanie do SIWZ w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, skierowane przez wykonawcę Sodexo Zamawiający zgodził się na zdefiniowanie placówki usługowo-handlowej. W tym samym dniu Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ dodając w pkt 19.1 definicję placówki usługi handlowej, zgodnie z którą:

*„Placówka usługowo-handlowa – to placówka, w której główną działalnością jest działalność usługowo – handlowa w zakresie sprzedaży materiałów opałowych w tym węgla kamiennego, która jest dostępna dla ogółu konsumentów tzn. do którego konsument musi mieć możliwość wejścia; czynna co najmniej od poniedziałku do piątku (z wyjątkiem świąt), przez minimum 8 godzin. Zamawiający nie uzna w szczególności jako placówki usługowo handlowej lokali nie przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej”.*

Zgodnie pkt 3.4 SIWZ – *„Bony będą do zrealizowania na terenie Gliwic minimum w 2 składach opałowych lub placówkach handlowo usługowych oferujących do sprzedaży opał w tym węgiel kamienny i transport na życzenie klienta”.*

Wykonawca Sodexo wskazał w swojej ofercie 8 placówek – 4 składy opału oraz 4 placówki usługowo – handlowe: Castorama, Leroy-Merlin (x2) i Jula.

Odwołujący wskazał w ofercie 3 składy opału 9 placówek usługowo-handlowych, podając ich adresy - nazwy ulic wraz z numerami budynków/lokali.

Zamawiający pismem z dnia 23.10.2017 r. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, żądając potwierdzenia w sposób jednoznaczny, dla wykazanych w ofercie składów opałowych oraz placówek usługowo-handlowych, że są przeznaczone do prowadzenia działalności gospodarczej oraz główną działalnością jest działalność usługowo-handlowa w zakresie sprzedaży materiałów opałowych w tym węgla kamiennego (na potwierdzenie powyższego należało przedłożyć

wypis z CEIDG lub KRS), że ww. placówki oraz składy dostępne są dla ogółu konsumentów (ze wskazaniem, w jaki sposób konsumenci są informowani, że w danym miejscu mogą zakupić opał) oraz, że czynne są od poniedziałku do piątku przez minimum 8 godzin. Ponadto Zamawiający zwrócił się o podanie nazw placówek handlowo – usługowych wykazanych w ofercie oraz o informację, na jakiej podstawie wymienione placówki będą realizowały bony dostarczone przez Odwołującego.

Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 25.10.2017 r. w którym wskazał, iż firma W&W P. W. dysponuje dwunastoma placówkami usługowo-handlowymi w rozumieniu pkt 19.1 SIWZ, które zostały zgłoszone do Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej jako adresy wykonywania działalności gospodarczej. Wskazał, że wszystkie placówki usługowo-handlowe są dostępne dla ogółu konsumentów i czynne we wszystkie dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach od 8 do 16. Spośród nich trzy stanowią typowe składy opału, na każdej z dwunastu placówek znajduje się biuro dostępne dla ogółu konsumentów, gdzie załatwiane są formalności z wydaniem opału. Wyjaśnił, iż jego firma zajmuje się sprzedażą detaliczną i hurtową opału pod marką UNICARBO od 2010 r., w roku 2014 i 2015 realizował zlecenia na rzecz świadczeniobiorców OPS w Gliwicach. Dysponuje stroną internetową, na której znajdują się wszystkie niezbędne informacje o prowadzonej działalności, adresy placówek wraz z odrębną zakładką dotyczącą realizacji bonów towarowych na opał. Każda z placówek nosi nazwę w zależności od miejsca położenia, np. „Unicarbo Kozielska” lub „Unicarbo Portowa”. Każdy z bonów towarowych wystawionych przez Odwołującego zawiera podstawowe informacje, numer kontaktowy oraz wskazuje miejsce składu opału. Na każdej z placówek znajduje się tablica informacyjna wskazująca na możliwość zakupu węgla. Wskazuje, że każda z placówek zdolna jest do realizacji bonów, ponieważ na każdej z nich zatrudniony jest pracownik, który zajmuje się obsługą klienta, firma posiada obecnie trzy samochody dostawcze o ładowności pow. 2,5 tony pozwalające na szybką dostawę węgla na wskazany przez klienta adres.

Pismem z dnia 31.10.2017 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Sodexo o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, żądając wyjaśnień w zakresie tożsamym z ww. wezwaniem skierowanym do Odwołującego, z wyłączeniem wskazania nazw placówek.

Wykonawca Sodexo udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 6.11.2017 r., wskazując, że wymienione w ofercie placówki usługowo-handlowe prowadzą działalność o bardzo szerokim zakresie i proponują szeroki asortyment, zatem co najmniej kilka przedmiotów działalności można by określić jako główne. Podkreślił, iż opał znajduje się w tych punktach w stałej sprzedaży i jest dostępny od ręki, punkty te organizują także liczne

akcje promocyjne związane z tym asortymentem. Wskazał, że wymienione w wykazie placówki są dostępne dla ogółu konsumentów w godzinach otwarcia, każda z nich informuje o możliwości zakupu opału za pośrednictwem strony internetowej, gazetek i materiałów reklamowych, część korzysta z reklamy w mediach, natomiast składy opału posiadają nazwę zawierającą informację o zakresie prowadzonej działalności. Wskazał, że współpracuje ze wszystkimi punktami zawartymi w wykazie na podstawie umów z tymi podmiotami, których kopie przedłożył wraz z wyjaśnieniami.

Wraz z wyjaśnieniami przedłożył także 3 wydruki z CEIDG dotyczące składów opałów przy ulicach Królewskiej Tamy 22, Pszczyńskiej 55, Jagiellońskiej 28 i Przyszowskiej 139C (jak w ofercie) oraz odpisy KRS Leroy-Merlin Polska Sp. z o.o., Castorama Polska Sp. z o.o., Jula Poland Sp. z o.o. Z odpisu KRS Leroy-Merlin Polska Sp. z o.o. wynika, iż prowadzi ona działalność m.in. w przedmiocie (zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności): 47,7 – Sprzedaż detaliczna pozostałych wyrobów prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach, z odpisu KRS Castorama Polska Sp. z o.o. – działalność w przedmiocie m.in. 47.78 – sprzedaż detaliczna pozostałych nowych wyrobów prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach, z kolei KRS spółki Jula Poland Sp. z o.o. jako przedmiot działalności wskazuje m.in. 47 – Handel Detaliczny, z wyłączeniem handlu detalicznego pojazdami samochodowymi.

Pismem z dnia 16.11.2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dokonanej ocenie ofert i poinformował o wyniku postępowania uznając, że oferty obu wykonawców spełniły wymagania postawione w SIWZ i uznając, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta Sodexo Benefits And Rewards Services Polska Sp. z o.o w Warszawie, która otrzymała 100 pkt. Oferta Odwołującego otrzymała 90 pkt. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do Sodexo wziął pod uwagę 4 składy, pomijając cztery pozostałe placówki jako niewykazane wobec przedstawienia w wyjaśnieniach odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego, które nie zawierają adresów tych placówek i braku przedstawienia innych dokumentów lub wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że pomimo iż wie, że placówki te istnieją i prowadzą działalność w wymaganym zakresie, to w wyjaśnieniach nie została udokumentowana działalność gospodarcza w tych konkretnych adresach. Dlatego dla równego traktowania wykonawców zamawiający postanowił nie wliczać ich do oceny.

W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający poinformował, że uwzględnił w ocenie ofert 3 składy opałowe. Wskazał, że wykazane punkty usługowo-handlowe (z wyjątkiem jednego przy ul. Młodopolskiej 13/5) na dzień składania ofert tj. 20.10.2017 r. nie były przeznaczone do działalności usługowo-handlowej (w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej zostały dopisane jako adresy dodatkowych miejsc wykonywania działalności w dniu 24.10.2017, po tym jak wykonawca otrzymał prośbę o



wyjaśnienia treści oferty). Jeśli zaś chodzi o placówkę usługowo-handlową przy ul. Młodopolskiej 13/ 5, która była zgłoszona w CEIDG jako główne miejsce wykonywania działalności, nie spełnia ona postawionego przez zamawiającego wymogu dostępności dla ogółu konsumentów, z uwagi na to, że konsumenci nie są w żaden sposób informowani o możliwości zakupu opału w tym miejscu poprzez np. tabliczkę informującą o możliwości zakupu opału pod tym adresem. O tablicy informacyjnej wykonawca wspomniał w składanych wyjaśnieniach z dnia 25.10.2017 r. Zamawiający poinformował, że w dniu 15.11.2017 r. pracownik Zamawiającego dokonał wizji lokalnej i stwierdził, że przy ul. Młodopolskiej 13/5 nie widnieje żadna informacja wskazująca na możliwość zakupu węgla — o której wykonawca pisał. Jedyna wzmianka o treści: „Lista punktów usługowo-handlowych Unicarbo realizujących bony na węgiel” znajduje się na stronie Internetowej, która świadczy o możliwości realizacji bonów, ale nie dla ogółu konsumentów, którzy chcieliby nabyć opał, a tylko dla tych co posiadają bony wykonawcy.

Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że zarejestrowane w CEIDG miejsca prowadzenia działalności istnieją od dnia 17.10.2017 r. (a zatem przed dniem złożeniem oferty).

Zamawiający w dniu 24.10.2017 r. poinformował Wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty w trybie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp i anulował czynność wyboru oferty.

Pismem z dnia 21.11.2017 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty w zakresie składów opałowych oraz placówek usługowo-handlowych i potwierdzenie, że wystawione bony będą realizowane we wskazanych w ofercie składach opałowych oraz placówkach usługowo-handlowych poprzez wykazanie, że posiada on zawarte z placówkami wymienionymi w ofercie umowy o współpracy gwarantujące realizację bonów w zakresie sprzedaży opału. Zamawiający wskazał termin, w którym Odwołujący winien był dostarczyć „*wyżej wymienione wyjaśnienia/dokumenty*”.

Odwołujący pismem z dnia 27.11.2017 r. przedstawił pisemne wyjaśnienia, wskazując jaki tytuł prawny posiada w odniesieniu do dziesięciu z miejsc prowadzenia działalności, zastrzegając jednocześnie, że umowy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie dołączył ww. umów do przedmiotowych wyjaśnień.

Zamawiający pismem z dnia 5.12.2017 r. poinformował Wykonawców o wyniku ponownej oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Sodexo, a także o odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 21.11.2017 r. Odwołujący nie przedłożył umów/dokumentów na potwierdzenie tytułów prawnych wskazanych w wyjaśnieniach. Zamawiający wskazał, że w związku z tym nie może uznać spełnienia wymogu „*Bony oferowane przez Wykonawcę muszą być możliwe do zrealizowania na terenie Gliwic minimum w 2 składach opałowych oferujących do sprzedaży opału w tym węgiel kamienny i transport na życzenie klienta*” i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec braku zgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### **Izba zważyła, co następuje.**

#### **Odwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.**

- 1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp** – łącznie rozpatrywane zarzuty 1 i 2 odwołania, wobec tożsamości okoliczności powoływanych na ich potwierdzenie.

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia ww. przepisów, mającego polegać na wyborze oferty Sodexo oraz prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zaniechania odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał brak zgodności oferty Sodexo z SIWZ. Twierdzenie Odwołującego, że sprzedaż materiałów opałowych (w tym węgla kamiennego) nie stanowiła głównej działalności placówek usługowo – handlowych wskazanych przez Sodexo, nie zostało poparte żadnymi dowodami, ograniczyło się jedynie do sformułowania zarzutu. Co więcej, należy uznać, iż w niniejszej sprawie Odwołujący winien był obalić domniemanie wynikające z odpisów KRS podmiotów prowadzących placówki wskazane w ofercie Przystępującego. Jak wskazano bowiem, każda z nich jako przedmiot działalności wskazywała działalność m.in. w dziale 47 (wg w Polskiej Klasyfikacji Działalności) tj. „Handel detaliczny, z wyłączeniem handlu detalicznego pojazdami samochodowymi”, w której zawiera się działalność określona w podklasie 47.78.Z PKD, tj. „Sprzedaż detaliczna pozostałych nowych wyrobów prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach”, która to podklasa obejmuje sprzedaż detaliczną m.in. oleju opałowego, gazu w butlach, węgla i drewna dla potrzeb gospodarstwa domowego. Zatem działalność w zakresie sprzedaży materiałów opałowych mogła stanowić główny – bądź jeden z głównych przedmiotów działalności w rzeczonych placówkach.

Zamawiający nie miał podstaw dla przyjęcia w niniejszej sprawie, iż oferta Przystępującego Sodexo nie spełnia wymogów SIWZ. Okoliczności takiej nie dowiódł w toku postępowania przed Izbą również Odwołujący.

Zgodnie dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten zatem określa podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, którą winny być kryteria określone w SIWZ. Odwołujący nie podważał, iż Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą nie zastosował kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, bądź w sposób błędny ustalił przyznaną punktację. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do okoliczności, iż wybrana została oferta podlegająca odrzuceniu. Jak stwierdzono powyżej, Odwołujący nie wykazał podstaw odrzucenia oferty Sodexo, wobec czego uznać należy, że Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec czego zarzut ten należało uznać za bezpodstawny.

**2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – łącznie rozpoznawane zarzuty 3 i 4 odwołania, wobec tożsamości okoliczności powołanych na dla ich uzasadnienia.**

Izba stwierdziła brak podstaw dla uznania zasadności zarzutu naruszenia ww. przepisów, mającego polegać na błędnym zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz na błędnym zastosowaniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i żądaniu przedstawienia dowodów potwierdzających posiadanie tytułów do nieruchomości. Izba nie uznała również zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, mającego polegać na ich niezastosowaniu w celu uzyskania dowodów potwierdzających posiadanie tytułów prawnych do nieruchomości.

Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę wobec braku przedłożenia dokumentów potwierdzających tytuły prawne do nieruchomości w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 21.11.2017 r. Odwołujący wskazuje, iż z SIWZ, jak również z wezwań Zamawiającego nie wynikał obowiązek przedstawienia dokumentów dla wykazania tytułu prawnego do każdego z miejsc prowadzenia działalności gospodarczej, zaś gdyby dokumenty takie miały być częścią oferty, Zamawiający winien o nie wezwać w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi także, iż Zamawiający nie ocenił innych złożonych przez niego

dowodów, w tym wypisu CEIDG, który ma stanowić urzędowy dokument poświadczający prowadzenie działalności we wskazanych w nim miejscach.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu, w pierwszej kolejności wskazać należy, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było stwierdzenie braku spełnienia wymogu określonego w SIWZ, by oferowane bony mogły być realizowane na terenie Gliwic co najmniej w 2 składach opałowych oferujących opał, w tym węgiel kamienny i transport na życzenie klienta. Wymóg ten odnosił się do treści oferty, dotyczył bowiem kluczowej cechy przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania, na jaki składała się m.in. zapewnienie możliwości odbioru opału w co najmniej dwóch punktach na terenie Gliwic. Zamawiający prawidłowo zatem zastosował w tym zakresie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który pozwala na wyjaśnienie treści oferty. W tym zakresie nie było podstawy do zastosowania wezwania z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który uprawnia do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wątpliwości Zamawiającego nie dotyczyły oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a treści oferty.

Ponadto, należy zaznaczyć, że, poniekąd zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, Zamawiający w wezwaniu z dnia 21.11.2017 r. nie wymagał wprost złożenia dokumentów. Jednakże Zamawiający wskazał, iż Odwołujący ma potwierdzić, że wystawione bony będą realizowane we wskazanych w ofercie składach opałowych oraz placówkach usługowo-handlowych *„poprzez wykazanie, że Państwa firma ma zawarte z placówkami wymienionymi w ofercie umowy o współpracy gwarantujące realizację bonów w zakresie sprzedaży opału”*. Odwołujący miał zatem obowiązek wykazania, że posiada zawarte umowy o współpracy z rzeczonymi składami oraz placówkami, co pozwalałoby Zamawiającemu na przyjęcie, że zagwarantowana jest możliwość realizacji bonów zgodnie z założeniami SIWZ. Obowiązkiem Odwołującego, jako podmiotu profesjonalnie działającego na rynku jest dłożenie starań, by potwierdzić okoliczności, na które się powołuje. Odwołujący tymczasem poprzestał jedynie na przedstawieniu listy dziesięciu (gdy w ofercie powołuje się na 12) placówek i składów (których w wyjaśnieniach wskazał 2, zaś w ofercie 3) oraz wskazaniu rodzaju umów, jakie go z tymi podmiotami wiążą – 2 x własność, 2 x umowa użyczenia, 2 x umowa najmu, 2 x umowa dzierżawy, 2 x umowa agencyjna. W odniesieniu do składów opałów były to umowy najmu. Należy domniemywać, że Odwołujący był w posiadaniu tych umów, jednak świadomie postanowił o nieudostępnieniu ich Zamawiającemu, powołując się na niezgodną z ustawą Pzp oraz praktyką interpretację instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jak wskazał Zamawiający już w pierwszym zawiadomieniu o ocenie ofert z dnia 16.11.2017 r., w drodze wizji lokalnej powziął informacje, które nie pozwalały uznać za wiarygodne wyjaśnień Odwołującego z dnia 25.10.2017 r. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.11.2017 r. Zamawiający również nie uzyskał pożądaných informacji, przy czym

Odwołujący umyślnie nie przedłożył dokumentów mogących potwierdzać jego oświadczenia. Ponadto zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący, zarówno w wyjaśnieniach z 27.11.2017 r. jak i w odwołaniu odnosi się do rzekomo nałożonego przez Zamawiającego obowiązku wykazania tytułu prawnego do placówek wskazanych w ofercie. Jak zaś wskazano powyżej, Odwołujący miał wykazać posiadanie zawartych umów o współpracę, nie zaś „*tytułów prawnych do wskazanych w ofercie składów opału oraz placówek usługowo handlowych*”. Odwołujący poprzestał na złożeniu oświadczenia oraz lakonicznych wyjaśnieniach, należy zatem stwierdzić, że Zamawiający zasadnie uznał, iż Odwołujący nie wyjaśnił oferty w sposób, który pozwoliłby na uznanie zgodności jej treści z SIWZ. Przyjętym w orzecznictwie Izby stanowiskiem jest, że jakkolwiek nie jest wykluczone wielokrotne wzywanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to nie jest zasadnym „dopytywanie” wykonawcy w zakresie tego samego elementu oferty. To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 3.11.2016 r., KIO 2006/16, wyrok z dnia 27.05.2014 r., KIO 936/14). Ponadto umożliwienie wykonawcy, który nie uczynił zadość wezwaniu do złożenia wyjaśnień, złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie mogłoby stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Należy dodać, iż sama okoliczność wskazania w CEIDG miejsca działalności nie przesądza, iż w każdym z tych miejsc przedsiębiorca świadczy usługi wymagane przez Zamawiającego, w określony w SIWZ sposób.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu na Odwołującym ciążył obowiązek wyjaśnienia podstawowej kwestii związanej z przedmiotem zamówienia - czy realnie gwarantuje realizację bonów w minimum dwóch punktach składu opału na terenie Gliwic. Odwołujący zobligowany był do udzielenie jasnej, precyzyjnej i jednoznacznej informacji w tym zakresie, czego nie uczynił, wobec czego Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie znalazły potwierdzenia ww. zarzuty naruszenia ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 4 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....