

**WYROK
z dnia 16 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę AKOR Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11, I. 51, 00-792 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy, ul. Gdańska 147, 85-915 Bydgoszcz

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy, ul. Gdańska 147, 85-915 Bydgoszcz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AKOR Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11, I. 51, 00-792 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy, ul. Gdańska 147, 85-915 Bydgoszcz na rzecz wykonawcy AKOR Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11, I. 51, 00-792 Warszawa kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy, ul. Gdańska 147, 85-915 Bydgoszcz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług całodziennego wyżywienia – catering, numer referencyjny: 73/ZP/U/ŻYWN/2016.

W dniu 23 grudnia 2016r Odwołujący: AKOR Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11, I. 51, 00-792 Warszawa otrzymał od Zamawiającego:

1. Zawiadomienie o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PH RARYTAS I. P. i M. P. spółka jawna z siedzibą w Sadkach,
2. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp jako nieodpowiadającej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Na uzasadnienie czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PH RARYTAS I. P. i M. P. sp. j. Zamawiający wskazał, iż spełnia ona warunki udziału w postępowaniu i jest zgodna z SIWZ, a sam wykonawca złożył wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia oraz otrzymał pozytywną opinię wydaną przez Wojskowy Ośrodek Medycyny Prewencyjnej w Bydgoszczy.

Na uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający podniósł z kolei, iż nie spełnia ona wymagań określonych w SIWZ, a konkretnie wymogu, aby realizacja całodziennego wyżywienia była realizowana zgodnie z procedurami HACCP oraz ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Brak spełnienia tego wymogu został stwierdzony w oparciu o wyniki kontroli przeprowadzonej u Odwołującego w dniu 20 grudnia 2016r., która to kontrola została zakończona oceną niezadowalającą.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 grudnia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając, że Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na:

- 1) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta nie spełniała warunków określonych w SIWZ - uchybił art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 25 ust.1 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24 aa ustawy Pzp,

2) wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.H. RARYTAS I. P. i M. P. spółka jawna z siedzibą w Sadkach - na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, - uchybił art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w wyniku wskazanych wyżej czynności Zamawiającego stanowiących rażąco naruszenia przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż bezpodstawnie odrzucono jego ofertę złożoną postępowaniu i w konsekwencji, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę innego wykonawcy, mimo że cena wskazana w tej ofercie przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a innych ofert nie złożono, a zatem postępowanie winno być unieważnione.

Uwzględniając powyższe wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego się - AKOR spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - oraz wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.H. RARYTAS I. P. i M. P. spółka jawna z siedzibą w Sadkach;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 15 grudnia 2016r. Zamawiający, stosownie do treści art. 86 ust. 5 ustawy Pzp opublikował informacje z części jawnej otwarcia ofert i wskazał, jaką kwotę przeznacza na sfinansowanie zamówienia publicznego.

Zauważył, że powyższej informacji wynikało, iż w postępowaniu złożono dwie oferty: Odwołującego, która przewidywała cenę wynoszącą 196.620 zł. brutto i wspomnianego wcześniej PH RARYTAS I. P. i M. P. spółka jawna z siedzibą w Sadkach, która przewidywała cenę 310.750 zł i Zamawiający wskazał także, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 293.800 zł. brutto.

Ad 1) Odrzucenie oferty Odwołującego - uchybienie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24 aa ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2 i 24 aa ustawy Pzp.

Odwołujący nadmienił, że Zamawiający wskazał w treści SIWZ wymóg realizacji

całodziennego wyżywienia zgodnie z procedurami HACCP i ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia jednakże nie wskazał, że spełnienie tego wymogu będzie sprawdzane w inny sposób niż określony w art. 25 ust. 1 lub art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że opracowana przez Zamawiającego SIWZ przewidywała wyłącznie obowiązek przedłożenia przez wykonawców stosownych oświadczeń zarówno wraz z ofertą (art. 25 ust. 1), jak i w razie ponownego badania oferty uznanej za najkorzystniejszą w trybie przewidzianym w art. 24aa i art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Podkreślił, że ani w treści SIWZ ani w treści ogłoszenia o postępowaniu sporządzonych przez Zamawiającego nie przewidziano obowiązku poddania się przez wykonawców jakimkolwiek kontrolom lub inspekcjom uznając za wystarczające do wykazania wymogu realizacji całodziennego wyżywienia zgodnie z procedurami HACCP i ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia stosownych oświadczeń, co Odwołujący się uczynił.

Zdaniem Odwołującego nie można uznać za wystarczające i wiążące dla wykonawców umieszczenia wzmianki o obowiązku poddania się kontroli sanitarno - weterynaryjnej w ramach pkt. 18) „Opisu przedmiotu zamówienia”, który stanowił załącznik nr 2 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego w treści samych SIWZ nie przewidziano obowiązku poddania się przez wykonawców kontroli sanitarno - weterynaryjnej ani tym bardziej nie uzależniano od jej wyniku możliwości podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Wskazał również okoliczność, że Zamawiający, po oceniu oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej nie wzywał go do uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 2 w związku z art. 24aa ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że możliwość przeprowadzenia kontroli sanitarno-weterynaryjnej w zakresie spełniania wymagań bezpieczeństwa żywności pochodzenia zwierzęcego została przewidziana jedynie w § 4 pkt.5 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, który przewidywał przeprowadzenie kontroli sanitarno - weterynaryjnej przed podpisaniem umowy na realizację usługi cateringowej i w przypadku wydania negatywnej opinii zastrzeżenie prawa do odstąpienia od podpisania umowy i wyboru nowego Wykonawcy.

Według Odwołującego nie sposób przyjąć, iż tak skonstruowany zapis zawarty w

projekcie umowy rodzi jakiegokolwiek obowiązki dla wykonawców i uprawnienia dla Zamawiającego w ramach toczącego się postępowania.

Stwierdził, że zapis tego rodzaju mógłby odnosić skutki wyłącznie na przyszłość po skutecznym zawarciu umowy z wykonawcą wybranym przez Zamawiającego natomiast, wobec braku wyraźnego sformułowania tożsamego wymogu w SIWZ kontrola przeprowadzana przez Zamawiającego nie miała jakichkolwiek podstaw prawnych.

W konsekwencji, wobec przedłożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń oferta Odwołującego – w jego ocenie - była zgodna z SIWZ, a zatem nie powinna podlegać odrzuceniu.

Wskazał przy tym, że możliwość przeprowadzenia kontroli tego rodzaju przez Zamawiającego jest niedopuszczalna w świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który wyraźnie określa (wraz ze stosownymi przepisami wykonawczymi - Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia; Dz. U. Z 2016r., poz. 1126) jakich dokumentów Zamawiający może żądać od wykonawców w związku z toczącym się postępowaniem.

Uwzględniając powyższe uznał działanie Zamawiającego polegające na przeprowadzenie kontroli wykonawców, w tym Odwołującego, za całkowicie bezprawne, a dokonane w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego za naruszające art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, kiedy treść tej oferty odpowiadała treści SIWZ.

Ad. 2) - uchybienie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Podniósł okoliczność, że po odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez drugiego z wykonawców - PH RARYTAS I. P. i M. P. spółka jawna z siedzibą w Sadkach - jako najkorzystniejszej z ceną 310.750 zł. brutto, w warunkach gdzie Zamawiający wskazał, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 293.800 zł.

W tej sytuacji Zamawiający – zdaniem Odwołującego - winien unieważnić postępowanie stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp albowiem cena w najkorzystniejszej ofercie przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie wskazał czy może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż wskazał w zawiadomieniu z dnia 15 grudnia

2016r., czyli 293.800 zł. brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, opinii nr 4/wet/WOMP z dnia 21 grudnia 2016r. i opinii nr 5/wet/WOMP z dnia 22 grudnia 2016r. Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej, protokołu nr 19/23/B/2016 z dnia 28 listopada 2016r. i protokołu nr 29/MB/B/2016 z dnia 20 grudnia 2016r. Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23 grudnia 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 3 stycznia 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt. 2 i art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że w pkt. 5 części III - opis przedmiotu zamówienia Zamawiający ustalił, że realizacja całodziennego wyżywienia musi być realizowana zgodnie z procedurami HACCP oraz zgodnie z ustawą z dnia 25.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2015 r. poz. 594, z późn. zm.).

Jednocześnie w pkt. 12 załącznika nr 2 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia Zamawiający powtórzył, że realizacja całodziennego wyżywienia musi być realizowana zgodnie z procedurami HACCP oraz zgodnie z ustawą z dnia 25.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2015 r. poz. 594, z późn. zm.), zaś zgodnie z pkt. 18 tego załącznika wykonawca podda się kontroli sanitarno-weterynaryjnej w zakresie spełniania wymagań bezpieczeństwa żywności pochodzenia zwierzęcego. Kontrolę przeprowadzi Wojskowy Inspektor Sanitarny lub Weterynaryjny Wojskowego Ośrodka Medycyny Prewencyjnej przed podpisaniem umowy na realizację usługi cateringowej w

przypadku wydania negatywnej opinii w/w Instytucji Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od podpisania umowy i wyboru nowego Wykonawcy.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że Zamawiający w § 4 ust.1 tiret 1 załącznika nr 3 do SIWZ projektu umowy odnoszącym się do zobowiązania wykonawcy postanowił, że Wykonawca zobowiązuje się do realizacji całodziennego wyżywienia, która musi być realizowana zgodnie z procedurami HACCP oraz zgodnie z ustawą z dnia 25.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2015 r. poz. 594, z późn. zm.).

Nadto Izba ustaliła, że w opinii z dnia 22 grudnia 2016r. wydanej przez Wojskową Inspekcję Weterynaryjną na podstawie protokołu nr 19/ZS/B/2016r. z dnia 28 listopada 2016r.(stwierdzono 2 istotne niezgodności z wymogami prawa) wobec PH Rarytas, I.M. P. sp. j. stwierdzono ocenę częściowo zgodną.

Natomiast, w opinii z dnia 21 grudnia 2016r. wydanej przez Wojskową Inspekcję Weterynaryjną na podstawie protokołu nr 29/MB/2016r. z dnia 20 grudnia 2016r. (stwierdzono 15 istotnych niezgodności z wymogami prawa) wobec Odwołującego stwierdzono ocenę niezadowalającą.

W obu opiniach nie stwierdzono krytycznych niezgodności z wymogami prawa.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania Izba uznała racje przedstawione przez Odwołującego za uzasadnione.

Według zapatrywania Izby Zamawiający nie wskazał, która część treści oferty Odwołującego pozostaje w kolizji z powołanymi wyżej postanowieniami SIWZ.

Izba uznała, że regulacje SIWZ, które przytoczył Zamawiający dotyczą, przede wszystkim realizacji umowy już zawartej, przewidując prawo do odstąpienia od umowy, w razie wydania negatywnej opinii wydanej przez właściwy organ, a nie stanowią warunku na potwierdzenie spełniania przez usługę wymagań przedmiotowych, o których mowa w art.25 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Wprawdzie Zamawiający przewidział prawo do przeprowadzenia kontroli sanitarno-weterynaryjnej w zakresie spełniania wymagań bezpieczeństwa żywności pochodzenia zwierzęcego przez Wojskowy Inspektor Sanitarny lub Weterynaryjny Wojskowego Ośrodka Medycyny Prewencyjnej przed podpisaniem umowy.

Jednak nie określił on - zdaniem Izby – dokładnie pojęcia negatywnej opinii w rozumieniu pkt. 18 załącznika nr 2 do SIWZ.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że w stosunku do dwóch wykonawców były zgłoszone istotne niezgodności z wymogami prawa, jednak SIWZ nie opisywała skutków wystąpienia takiej sytuacji.

Nadto, Zamawiający w SIWZ w ogóle nie określił, co uzna za negatywną opinię w aspekcie wniosków przeprowadzonych kontroli, zarówno w przypadku stwierdzenia przez właściwą służbę oceny częściowo zgodnej, jak i oceny niezadowolającej.

W świetle powyższego Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

Oceniając kolejny zarzut odwołania Izba doszła do przekonania, że Zamawiający naruszył przepis art.93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, jednak naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania na tym etapie.

Powyższe naruszenie, które nie ma znaczenia, w aspekcie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, wynika z okoliczności nie udowodnienia przez Zamawiającego, że poz. nr 64 planu zakupów 11 WOG na 2017r. dotycząca cateringu z kwotą 350 000 zł brutto dotyczy tylko tego jednego zamówienia, zatem Izba nie mogła przyjąć, że kwota z planu świadczy o tym, że są to środki budżetowe przeznaczone jedynie na to zamówienie.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....