

Sygn. akt: KIO 1603/12

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier-Dolańska
Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 r. przez wykonawcę **CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-201 Kraków, ul. Ks. Siemaszki 15A** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., 31-826 Kraków, Os. Złotej Jesieni 1,**

przy udziale wykonawcy **ASPEN-Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 31-322 Kraków, ul. Bularnia 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1603/12 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-201 Kraków, ul. Ks. Siemaszki 15A i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-201 Kraków, ul. Ks. Siemaszki 15A** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-201 Kraków, ul. Ks. Siemaszki 15A** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., 31-826 Kraków, Os. Złotej Jesieni 1** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

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

Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów oraz centralnego zmywania urządzeń i narzędzi służących do przechowywania, przewozu i podawania żywności”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 maja 2012 r., nr 2012/S 101/168469.

W dniu 18 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy ASPEN-Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej wykonawcą „ASPEN-Res”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 27 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 27 lipca 2012 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego oraz od zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany, tj. od:

- 1) dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- 2) dokonania czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ASPEN-Res,
- 3) z

aniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ASPEN-Res, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż określone w SIWZ oraz wybór wykonawcy, którego oferta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3) i 6) ustawy Pzp, poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ASPEN-Res, pomimo istnienia ustawowych przesłanek odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ASPEN-Res,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o inne kryterium wyboru oferty niż określone w treści SIWZ. Z zapisów SIWZ wprost wynika, że przez kryterium ceny, o którym mowa w punkcie XIV.2 SIWZ należy rozumieć ogólną cenę (wartość) oferty, a nie jak to przyjął zamawiający tylko jeden z elementów ceny oferty jakim jest średnia cena dziennego wyżywienia jednego pacjenta. Zatem w konsekwencji porównania ofert pod względem średnich cen dziennego wyżywienia jednego pacjenta, a nie jak jest to zapisane w SIWZ cen całkowitych ofert, zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, doprowadzając do wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o inne kryteria niż było to zapisane w SIWZ.

Nadto odwołujący podniósł, iż oferta wybranego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie dotyczącym wyceny dodatków białkowych oraz wyceny depozytów. Wybrany wykonawca dokonując kalkulacji cen tych części swojej oferty zastosował bowiem niewłaściwą stawkę podatku o towarów i usług (VAT) we wszystkich pozycjach asortymentu wchodzącego w skład dodatków białkowych oraz w jednej (ostatniej) pozycji asortymentu wchodzącego w skład depozytów (jajka I gatunku). Przedmiotem spornego zamówienia jest usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów, zatem zgodnie z treścią § 7 ust. 1 pkt 1) oraz poz. 7 załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4.04.2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 73, poz. 392) kwestionowane pozycje powinny być wyceniane przy zastosowaniu 8% stawki VAT, jak usługi związane z wyżywieniem. Tymczasem wybrany wykonawca we wszystkich zakwestionowanych pozycjach zastosował 5% stawkę VAT, przyjmując najprawdopodobniej, że w powyższym zakresie przedmiot zamówienia obejmuje dostawę towarów, o których mowa w art. 41 ust. 2a ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054), tj. towarów

wymienionych w załączniku nr 10 do tej ostatniej ustawy. Opodatkowanie taką stawką podatku VAT, jak zastosował wybrany wykonawca, można by uznać za prawidłowe, tylko w takim przypadku gdyby chodziło o dostawę ww. produktów żywnościowych w stanie nie przetworzonym. Tymczasem z treści załącznika nr 5 do SIWZ zatytułowanego „dodatki białkowe” wprost wynika, np. że „wymienione produkty nabiałowe (należy dostarczyć) w postaci surowej lub gotowanej w zależności od potrzeb poszczególnych oddziałów” (pkt II.2 załącznika nr 5 do SIWZ), jajka (powinny być) odkażone przy pomocy naświetlacza UV” (pkt III załącznika nr 5 do SIWZ), „wędliny (muszą być) pokrojone, opakowane stosownie do gatunku z oznaczeniem daty produkcji i przydatności do spożycia oraz informacją o temperaturze przechowywania” (pkt IV.2.3 załącznika nr 5 do SIWZ), „mięso - filet drobiowy powinno być ugotowane, zmielone i porcjowane, następnie odpowiednio pakowane z oznaczeniem daty produkcji i przydatności do spożycia oraz informacją o temperaturze przechowywania” (pkt V.2 załącznika nr 5 do SIWZ). Według punktu VI załącznika nr 5 do SIWZ dodatki białkowe muszą być wydawane przy I śniadaniu, trudno zatem przyjmować by intencją zamawiającego było dostarczanie tych produktów w szczególności pieczywa, nabiału i wędlin przez wykonawcę w postaci nieprzetworzonej i bez podziału na porcje. W przypadku produktów spożywczych zaliczanych przez załącznik nr 6 do SIWZ do depozytów analogiczne uwagi należy zgłosić również do asortymentu wymienionego pod Lp. 9 opisanego jako jajka I gatunku. Nawet gdyby ww. produkty miały być dostarczane zamawiającego w stanie surowym, to i tak zgodnie z wymogami sanitarno - epidemiologicznymi na wykonawcy ciąży obowiązek ich uprzedniego (przed dostarczeniem) odkażenia lub naświetlenia promieniami UV.

Powyższe potwierdza, iż przy wycenie wszystkich pozycji wymienionych w załączniku nr 5 do SIWZ (dodatki białkowe) oraz wycenie pozycji 9 wymienionej w załączniku nr 6 do SIWZ (depozyty) należało zastosować 8% stawkę podatku VAT, a więc stawkę związaną z wyżywieniem. Oznacza to, że zastosowana przez wybranego wykonawcę 5% stawka podatku VAT jest stawką niewłaściwą, a zatem należy przyjąć, że oferta wybranego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Nadto odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż zaniechał on odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podnosząc iż wykonawca ASPEN-Res na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (punkt VII.1.c) SIWZ) dołączył do oferty stosowny dokument (umowę) jednak umiejscowił go wśród dokumentów tajnych. Tymczasem przy takim rozumieniu tajemnicy przedsiębiorstwa – jak wynika to z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wyroku SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 – nie może zostać nią objęta informacja o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 30 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 2 sierpnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ASPEN-Res przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia i SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy dotyczący oceny ofert w inny sposób niż przewidziany w treści SIWZ potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XIV SIWZ „Zasady oceny ofert”, pkt 2 wskazał, iż do oceny ofert zostanie zastosowane następujące kryterium oceny: cena 100%.

Nadto w rozdziale XV SIWZ „Oferta cenowa”, pkt 2, lit. h) podał sposób obliczenia ceny całkowitej ceny usługi (brutto i netto), wskazując w jaki sposób wykonawca powinien ją policzyć:

- 1) „pomnoży średnią cenę (brutto i netto) dziennego wyżywienia jednego pacjenta przez 590 (prognozowana liczba pacjentów) oraz przez 1461 (liczba dni w okresie 4 lat),
- 2) pomnoży cenę określoną w lit. „e” (brutto i netto) przez 48 (ilość miesięcy w okresie 4 lat),
- 3) pomnoży cenę określoną w lit. „f” (brutto i netto) przez 48 (ilość miesięcy w okresie 4 lat), a następnie zsumuje ww. 1) – 3) kwoty”.

Pismem z dnia 6 lipca 2012 r. zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia, wskazując iż „w celu obliczenia całkowitej ceny usługi (brutto i netto) Wykonawca:

- 4) pomnoży średnią cenę (brutto i netto) dziennego wyżywienia jednego pacjenta przez 590 (prognozowana liczba pacjentów) oraz przez 420 (liczba dni w okresie 14 miesięcy – przyjęto 30 dni w m-cu),
- 5) pomnoży cenę określoną w lit. „e” (brutto i netto) przez 14 (ilość miesięcy),
- 6) pomnoży cenę określoną w lit. „f” (brutto i netto) przez 14 (ilość miesięcy), a następnie zsumuje ww. 1) – 3) kwoty”.

Zamawiający w złożonej na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2012 r. odpowiedzi na odwołanie – co podkreślał także na rozprawie - zarzut ten uwzględnił.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Uwzględnienie zarzutu przez zamawiającego skutkuje uznaniem, w kontekście treści SIWZ i jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego pismem z dnia 6 lipca 2012 r., jak również zgodnych oświadczeń złożonych przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego, że zarzut ten potwierdził się. Zamawiający, dokonując oceny ofert obydwu wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie uwzględnił bowiem dokonanej przez siebie modyfikacji. Tym samym, oceniając oferty w jednym kryterium jaki była cena, uczynił to błędnie, gdyż zastosował do oceny inny, błędny algorytm (ceny za jednostkowy osobodzień), nie zaś ten, który prawidłowo, a więc zgodnie ze zmodyfikowaną SIWZ, powinien był zastosować (ceny całkowitej).

Zarzut drugi dotyczący zastosowania przez wykonawcę ASPEN-Res niewłaściwej stawki podatku VAT w stosunku do dodatków białkowych i ostatniej pozycji w tabeli depozytów (jajka) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał wypełnienia przez wykonawców „Formularza ofertowego”, w tym zawartej w nim tabeli nr 5 dotyczącej cen oferowanych dodatków białkowych i tabeli nr 6 dotyczącej cen oferowanych depozytów, a obejmującej m.in. podanie „stawki podatku VAT” dla wyspecyfikowanych w tabeli produktów.

Wykonawca ASPEN-Res w „Formularzy ofertowym”, w tabeli nr 5 dotyczącej dostawy dodatków białkowych oraz w ostatniej pozycji (jajka) tabeli nr 6 dotyczącej depozytów zastosował stawkę podatku VAT 5%.

Powyższe zakwestionował odwołujący, podnosząc we wniesionym odwołaniu, że skoro przedmiotem postępowania jest usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów, zatem kwestionowane pozycje powinny być wyceniane przy zastosowaniu 8% stawki podatku VAT, a więc tak jak usługi związane z wyżywieniem.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, że z treści „Formularza ofertowego”, a mianowicie opisu do tabeli nr 5 dotyczącej ceny dodatków białkowych, jak i tabeli nr 6 dotyczącej ceny depozytów jednoznacznie wynika, iż wykonawca zobowiązany był „wycenić produkty”. Tym samym

zobowiązany był podać cenę netto i brutto oraz stawkę podatku VAT i kwotę podatku VAT dla wyszczególnionego i wskazanego w tabelach asortymentu. To zamawiający wykazał, wskazując na szereg konkretnych postanowień SIWZ, iż należało wycenić oferowane produkty (zastosowana stawka podatku VAT, w stosunku do których jest kwestionowana). Dla potrzeb tego konkretnego postępowania dokonał on bowiem podziału przedmiotu zamówienia na usługę obejmującą żywienie pacjentów i dostawę wyspecyfikowanych w tabeli produktów (dodatków białkowych i depozytów), wyszczególniając to w tabelach „Formularza ofertowego”, jak również przewidując w treści projektu umowy osobne fakturowanie usługi żywienia, a osobne na dostarczanie produktów. Wydawanie codziennie dodatków białkowych nie stanowi więc dowodu na to – wbrew twierdzeniom odwołującego – że w tym (kwestionowanym) zakresie przedmiotem zamówienia była dostawa przetworzonego przez wykonawcę produktu, a tym samym dostawa ta winna być objęta 8% stawką podatku VAT. Jak bowiem podniósł zamawiający, wskazując na konkretne postanowienia SIWZ, wymagał on jedynie dostawy wyspecyfikowanych produktów, których przygotowaniem do spożycia i podaniem pacjentom zajmuje się firma, którą zatrudnia na podstawie odrębnej umowy, powołując przykładowo zapisy zawarte w treści załącznika nr 5 do SIWZ („wyroby nie mogą się kruszyć podczas krojenia”). Dodatki białkowe i depozyty (w kwestionowanym zakresie) będą więc dostarczane zamawiającemu w postaci konkretnie wyspecyfikowanej w tabeli, przy czym w takiej samej postaci, jak uzyskuje je przystępujący (ASPEN-Res) u swego dostawcy. Przystępujący nie będzie bowiem poddawał tych produktów jakiegokolwiek obróbce. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż przedmiotem dostawy w kwestionowanym zakresie są produkty przetworzone przez przystępującego, a tym samym, iż produkty te winny być objęte inną stawką podatku VAT niż wskazana w ofercie przystępującego. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut trzeci dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ASPEN-Res z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów (...)”, pkt 1 lit. c) wskazał, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu każdy z wykonawców musi przedłożyć wraz z ofertą następujące oświadczenia i dokumenty: „dokument potwierdzający dysponowanie kuchnią dla potrzeb wykonania zamówienia przez okres co najmniej 3 miesiące dłuższy niż okres objęty zamówieniem”

Wykonawca ASPEN-Res w załączeniu do oferty złożył dokument potwierdzający dysponowanie kuchnią dla potrzeb wykonania zamówienia – umowę.

Zamawiający, pismem z dnia 16 lipca 2012 r., powiadomił wykonawcę ASPEN-Res, że w wyniku badania prawidłowości zastrzeżeń, dokonanych w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy

Pzp w części oferty złożonej przez tego wykonawcę, na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp podjął decyzje o odtajnieniu i udostępnieniu oferty w zakresie dokumentów potwierdzających dysponowanie kuchnią dla potrzeb wykonania zamówienia – umowa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który został naruszony. Niewłaściwe utajnienie dokumentu nie może bowiem stanowić – w świetle uchwały SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 - czynu nieuczciwej konkurencji. Natomiast może ono skutkować jego odtajnieniem, co też w niniejszym stanie faktycznym miało miejsce. W dniu wniesienia odwołania, a więc w dniu 27 lipca 2012 r., przedmiotowa umowa była już ujawniona.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten również się nie potwierdził.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zastosowanie błędnego algorytmu przy kryterium oceny ofert nie miało i nie ma wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Strony oraz przystępujący zgodnie bowiem przyznały, iż nawet przy zastosowaniu prawidłowego algorytmu miejsce pierwsze w rankingu ofert nadal zajmować będzie oferta wykonawcy ASPEN-Res. W tych okolicznościach uwzględnienie odwołania stałoby w sprzeczności z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....

