

Sygn. akt: KIO/UZP 406/08,

KIO/UZP 422/08

WYROK

z dnia 14 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu/~~dnia~~^{ch} **14 maja 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 maja 2008 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o., 65-119 Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14

B. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Musli-Klex” Sp. z o.o., 25-415 Kielce, ul. Górna 19a

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministra Obrony Narodowej**, w imieniu którego działa **Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestów:

A Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o., 65-119 Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14 z dnia **21 kwietnia 2008 r.**

B Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Musli-Klex” Sp. z o.o., 25-415 Kielce, ul. Górna 19a z dnia **21 kwietnia 2008 r.**

przy udziale **Małgorzata Gruszczyńska PPH POLARIS, 62-800 Kalisz, ul. Żołnierska 20a** oraz **Edward Dąbrowski PPH EDPOL Eksport-Import, 18-400 Łomża, ul. Nowogrodzka**

155A zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o., 65-119 Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14 oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Musli-Klex” Sp. z o.o., 25-415 Kielce, ul. Górna 19a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o., 65-119 Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Musli-Klex” Sp. z o.o., 25-415 Kielce, ul. Górna 19a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym:
 - A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)

z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uługowe „ARPOL” Sp. z o.o., 65-119 Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14**
- B** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Musli-Klex” Sp. z o.o., 25-415 Kielce, ul. Górna 19a**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy w latach 2008-2010 indywidualnych i grupowych racji żywnościowych do wybranych jednostek wojskowych na obszarze całego kraju – 5 części (sygnatura 14/MON/ZZŚM/PN/ZO/2008). Ogłoszenie o postępowaniu zamieszczone zostało 19 lutego 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2008/S 34-068564.

Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2008r. zamieścił na stronie internetowej informację o dokonaniu wyboru ofert w niniejszym postępowaniu.

W postępowaniu wniesione zostały dwa odwołania od czynności Zamawiającego dotyczące wyboru ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach przedmiotu zamówienia (1,2 i 3).

1. (sygn. 406/08)

W dniu 21 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest wobec zaniechania dokonania oceny ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1,3,4 i 6 oraz art. 90 ustawy, zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Małgorzatę Gruszczyńską PPH „POLARIS” z Kalisza, PPH „EDPOL Export –Import Edward Dąbrowski z Łomży, PPH „MUSLI KLEX” Sp. z o.o. z Kielc i dokonanie wyboru oferty Małgorzaty Gruszczyńskiej PPH „POLARIS” (w części I – indywidualna racja żywnościowa) oraz Edwarda Dąbrowskiego PPH EDPOL Eksport – Import (w częściach: 2 – grupowa polowa skoncentrowana racja żywnościowa „WS” dla 5 żołnierzy bez chleba trwałego i 3 – grupowa polowa skoncentrowana racja

żywnościowa „WS” dla 10 żołnierzy bez chleba trwałego). W skutek powyższych zaniechań oraz czynności, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1,3,4 i 6, art. 26 ust. 4 oraz art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący z faktu, iż Zamawiający nie wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4, wywodzi zaniechanie dokonania oceny ofert w zakresie zaistnienia przesłanek do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4. Ponieważ wykonawcy zobowiązani byli określić cenę ofert brutto, stanowiącej iloczyn ceny brutto 1 racji żywnościowej dziennie i ilości racji żywnościowych ogółem, Zamawiający nie miał możliwości sprawdzenia, czy ceny jednostkowe brutto zawierają właściwą i zgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT. Błędnie zastosowana stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny oraz powoduje niezgodność oferty z ustawą o podatku VAT. Może także stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, pominięcie w procesie oceny ofert sprawdzenia prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT stanowi naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z uwagi na powyższe dokonane przez Zamawiającego czynności wyboru ofert są co najmniej przedwczesne, gdyż nie zostały poprzedzone dokonaniem oceny zaistnienia przesłanek do ewentualnego odrzucenia ofert. Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zaniechał ustalenia, czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, z czego nie zwalnia go określenie wyłącznie ceny brutto, jako jedynego kryterium oceny ofert. Zamawiający winien odnieść ceny złożone w ofertach w pierwszej kolejności do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, uwzględniając różnicę spowodowaną zawarciem w cenie kwoty podatku VAT. Nie znając stawki podatku VAT, Zamawiający nie mógł dokonać takiej oceny. Tym samym, jeżeli wykonawcy oferujący najniższą cenę brutto zawarli w niej stawkę 22 % to zaproponowana przez nich cena netto będzie rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Będzie ceną poniżej kosztów wytworzenia wyrobu lub nie będzie uwzględniać wszystkich niezbędnych elementów ceny. Zdaniem Odwołującego oferty „POLARIS”, „EDPOL” oraz „MUSLI KLEX” zawierają błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu niewłaściwych stawek podatku VAT.

Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2008 r. oddalił protest w całości, jako bezzasadny, wskazując, iż dalece nieuprawniony jest zarzut uchylecia się przez Zamawiającego od obowiązku ustalenia w postępowaniu właściwej wysokości stawki podatku VAT dla przedmiotu zamówienia. Określenie właściwej stawki podatku leży w gestii wykonawców, a próba określenia w postępowaniu obowiązującej stawki VAT byłaby naruszeniem uprawnień wykonawców wynikających z ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. Stawka VAT obowiązująca dla przedmiotu zamówienia wynika z nadania przez Ministra

Obrony Narodowej na etapie planowania numeru 15.89.1 wg Polskiej Klasyfikacji wyrobów i usług – Produkty spożywcze pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane. Podana przez Zamawiającego na otwarciu ofert łączna kwota na całe zamówienie wraz z wyszczególnieniem wysokości środków przewidywanych na każdą część zamówienia odrębnie, zawiera ustaloną wartość zamówienia wraz z doliczonym podatkiem od towarów i usług (VAT). W trakcie oceny ofert Zamawiający nie znalazł przesłanek do powzięcia podejrzenia o złożeniu ofert z rażąco niską ceną lub zawierających błędy. Zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie ogólnej ceny oferty w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którego wartość ustalił na etapie przygotowania postępowania w oparciu o ceny dostaw należności paczkowanych sprzed 4 miesięcy przed otwarciem ofert. Zamawiający nie dopatrył się także, aby zaistniała przesłanka do uznania którejkolwiek złożonej oferty za zawierającą rażąco niską cenę przedmiotu zamówienia i że może to grozić niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Zdaniem Zamawiającego zróżnicowanie kosztów wykonawców, cen w pozyskiwaniu surowców oraz atrakcyjność zamówienia są faktyczną przyczyną różnic cenowych w prowadzonym postępowaniu.

Odwołując w dniu 02 maja 2008 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumenty na ich poparcie przedstawione w proteście. Ponadto wskazał, iż Zamawiający posiadał wiedzę w sprawie wątpliwości co do sposobu klasyfikowania przedmiotu zamówienia oraz wysokości stawki podatku VAT. Zdaniem Odwołującego, żądanie podania jedynie ceny brutto za przedmiot zamówienia, stanowiło próbę uchylecia się od konieczności ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT na racje żywnościowe. Dokonując wyboru ofert najkorzystniejszych, bez uprzedniego sprawdzenia prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT, Zamawiający dokonał wyboru i oceny ofert z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Odwołujący, dostarczając w latach 2005-2007 racje żywnościowe dla Agencji Mienia Wojskowego, stosował 7% stawkę podatku VAT, na co pozwalało zaklasyfikowanie racji żywnościowych do grupy 15.89.1 PKWiU. Zgodnie z interpretacją Głównego Urzędu Statystycznego zaklasyfikowanie racji żywnościowych do grupy 15.89.1 PKWiU jest nieprawidłowe, a każdy z elementów zestawu określanego jako „wyrób: indywidualna racja żywnościowa oraz grupowa racja żywnościowa” powinien być klasyfikowany oddzielnie, zgodnie z właściwą dla niego pozycją PKWiU (pismo z dnia 30.10.2007r. nr MS-02-2-5672/KU-234/2/2007). Opinia GUS nie wiąże organu podatkowego w zakresie ustaleń dokonanych na podstawie klasyfikacji, ale wiąże te organy w zakresie sposobu klasyfikacji. Oznacza to, że organy podatkowe nie są uprawnione do dokonania samodzielnych ustaleń w zakresie sposobu klasyfikowania wyrobów i usług (tak Sąd Najwyższy – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w postanowieniu z dnia 26 stycznia 2000r. sygn. akt III RN 121/99 NSA). Z tego względu nie wiążące

przyporządkowanie grupy PKWiU do racji żywnościowych dokonane przez Ministra Obrony Narodowej w rozporządzeniu z dnia 6 kwietnia 2007r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa. Ponieważ zamawiający nie posiada wiedzy na temat stawek podatku VAT zastosowanych przez poszczególnych wykonawców, nie można wykluczyć sytuacji, że niektórzy z nich zastosowali stawkę VAT 22%, przy której ceny netto zaproponowane przez takiego wykonawcę będą znacznie niższe i musiałyby być wówczas uznane za rażąco niskie. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 (sygn. KIO/UZP 234/08), wprawdzie nie dopatrzyła się w zapisach SIWZ żadnych utrudnień w zakresie stawki podatku VAT, nie rozpoznała natomiast zarzutu dotyczącego wymogu wskazania przez wykonawcę w ofercie wyłącznie ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia i cen jednostkowych brutto, tj. bez wskazania stawki podatku VAT. Od niniejszego rozstrzygnięcia Odwołujący wniósł skargę do Sądu.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wyboru ofert w odniesieniu do części 1,2 i 3 przedmiotu zamówienia, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert w częściach 1,2 i 3, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert wykonawców wskazanych na wstępie i dokonanie wyboru oferty Odwołującego w częściach 1,2 i 3 przedmiotu zamówienia.

W dniu 08 i 12 maja 2008r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili PPH POLARIS Małgorzata Gruszczyńska oraz "EDPOL" Eksport-Import Edward Dąbrowski. Przystępujący „EDPOL” wskazał, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają obowiązku żądania przez Zamawiającego podania ceny w ofercie ceny jako netto plus należny podatek VAT, powołując się w tym zakresie wyłącznie na definicję ceny z ustawy o cenach. Zamawiający podał sposób obliczenia ceny za wykonanie zamówienia, do czego zobowiązuje go ustawa, jako ceny brutto. Sposób obliczenia ceny nie budził wątpliwości, a żaden z wykonawców nie żądał wyjaśnień w tym zakresie. Zdaniem Przystępującego, protest oraz odwołanie oparte są wyłącznie na przypuszczeniach i pewnym teoretycznym założeniu (hipotezie), że Zamawiający nie ma żadnej pewności, czy wykonawcy zastosowali prawidłową stawkę podatku VAT. Żądanie złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, byłoby błędne i sprzeczne z przepisami ustawy, w szczególności właśnie art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4. Przedmiotem oceny według kryterium „cena” jest zawsze cena brutto, a podatek nie jest jednak „elementem oferty”. Sam Odwołujący nie potrafi wskazać, która oferta zawiera jego zdaniem rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro nie potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny, to nie może być mowy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

2. (sygn. 422/08)

W dniu 21 kwietnia 2008 r. Odwołujący PPH „Musli Klex” Sp. z o.o., wniósł protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia nr 1 i 2, dokonanej z rażącym naruszeniem ustawy, art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W wybranych ofertach, tj. Małgorzata Gruszczyńska PPH „POLARIS” oraz PPH „Edpol” Eksport – Import Edward Dąbrowski, nie przedłożono dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie przedmiotu zamówienia. W ofertach wybrani wykonawcy przedłożyli wprawdzie wymagane decyzje Powiatowego lekarza weterynarii oraz Inspektora Sanitarnego, ale dotyczące środków spożywczych innych niż przedmiot zamówienia, tzn. racji żywnościowych. Zamawiający wyraźnie zaznaczył w specyfikacji, iż decyzje mają być wystawione w zakresie przedmiotu zamówienia i nie wyraził zgody na wykonanie zamówienia przez podwykonawców. Przedłożone decyzje nie potwierdzają, że wykonawcy, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, posiadają uprawnienia do wykonywania samodzielnie przedmiotu zamówienia, tzn. wykonywania i dostarczenia indywidualnych i grupowych racji żywnościowych. Zgodnie z obowiązującym prawem, podmiot gospodarczy wykonujący i wprowadzający do obrotu żywność - w tym postępowaniu racje żywnościowe, wykonywane według powołanych przez Zamawiającego norm obronnych, musi posiadać odpowiednią decyzję właściwego Powiatowego Inspektora Sanitarnego lub Powiatowego Lekarza Weterynarii, z której jasno wynika, że spełnia wymagania zgodnie z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia w zakresie produkcji i wprowadzania do obrotu racji żywnościowych. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający winien, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 ustawy wykluczyć wykonawców z postępowania, a następnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ich oferty odrzucić.

Zamawiający 29 kwietnia 2008r., oddalił protest w całości, jako bezzasadny. W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił, iż nie wyraził zgody na wykonanie przedmiotu zamówienia przez podwykonawców, gdyż dostawami objęte są należności paczkowane, w których skład wchodzi wiele wysokoprzetworzonych produktów spożywczych. Wykonawcy zatem wprowadzać będą do obrotu kilkadziesiąt produktów żywnościowych zapakowanych w jedno opakowanie zbiorcze. Dlatego też Zamawiający opisał warunki udziału, wymagając aby wykonawcy posiadali uprawnienia do wprowadzania do obrotu żywności, gdyż inaczej Zamawiający nie mógłby dokonać odbioru dostaw. Stąd Zamawiający określił, iż

wystarczającym dla wykonawców będzie posiadanie uprawnień wynikających z art. 63 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2006 r. Nr 171, poz. 1225 z późn. zm.). Dlatego też Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu także podmioty, ...o których mowa w art. 63 ust. 2 pkt 4 tej ustawy, tj. wykonawców, w stosunku do „zakładów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa sprzedaży żywności na odległość (sprzedaży wysyłkowej), w tym sprzedaży przez Internet”. Wystarczającym do wprowadzenia na rynek żywności jest zarejestrowanie przez uprawniony organ, wskazany przepisami prawa żywnościowego do prowadzenia takiej działalności. Wprowadzenie wymogu posiadania stosownych decyzji na racje żywnościowe, zgodnie z oczekiwaniami protestującego, stwarzałoby nadmierną barierę dla wykonawców, którzy nie posiadają takich decyzji i dotychczas o takie decyzje nie zabiegali, gdyż nie realizowali dostaw należności paczkowanych, a jednocześnie posiadają stosowne decyzje dopuszczające do produkcji i wprowadzania do obrotu żywności.

Do oferty firmy „Polaris” dołączono co najmniej dwa ważne dokumenty, które potwierdzają, że wykonawca ten posiada uprawnienia wymagane przepisami prawa żywnościowego dotyczącego wprowadzania żywności do obrotu (tj. decyzja Powiatowego Lekarza Weterynarii w Kaliszu PIW-622-212/07 oraz zaświadczenie 10/08 Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Kaliszu). Podobnie do oferty Edwarda Dąbrowskiego właściciela „Epolu”, dołączono co najmniej dwa ważne dokumenty, które potwierdzają posiadanie uprawnień do wprowadzania żywności do obrotu (decyzja Powiatowego Lekarza Weterynarii w Łomży nr 6031/13/K/2005 oraz zaświadczenie PSSE-HŻŻ-4121-46-3-2007 Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Łomży).

W dniu 04 maja 2008r. na powyższe rozstrzygnięcie protestu Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał w całości stawiane zarzuty i żądania. Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach zamówienia nr 1 i 2 przedmiotu, nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawców „Polaris” PPHU Małgorzata Gruszczyńska oraz „Edpol” PPH Eksport – Import Edward Dąbrowski i uznania ofert za odrzucone oraz nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1 i 2 przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w przypadku podpisania umowy z wybranymi wykonawcami prowadziłoby to do nieważności umów podpisanych z wykonawcami wybranymi z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy. Ponadto odnosząc się do stanowiska przedstawionego w rozstrzygnięciu protestu dotyczącego sposobu rozumienia zakresu posiadanych uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia (wyprodukowanie i dostarczenie indywidualnych i grupowych racji żywnościowych), Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający wprowadza nowe, własne regulacje wymagań wynikających z prawa żywnościowego, odmienne od

przedstawionych w specyfikacji, odstępując w stosunku do wybranych ofert od obowiązku posiadania wymaganych prawem decyzji w celu zrealizowania przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Nie można uznać, zdaniem Odwołującego za wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku określonego w siwz, posiadanie decyzji administracyjnych potwierdzających spełnienie warunków do wykonania i wprowadzenia do obrotu poszczególnych surowców składających się na racje żywnościowe. Powołuje się na stanowisko Głównego Inspektora Sanitarnego, wyrażone w piśmie nr GIS-BŻ-WS-077-14/EN/08 z dnia 24 kwietnia 2008r., w którym stwierdzono, „... żywność może być produkowana i wprowadzana do obrotu na terenie RP przez podmioty działające na rynku spożywczym, spełniające wymagania higieniczne określone w art.61 i 63 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia...” Rozszerzenie działalności gospodarczej o produkcję i wprowadzanie do obrotu indywidualnych i grupowych racji żywnościowych, produkowanych według powołanych przez Zamawiającego norm obronnych, jest istotną zmianą w funkcjonowaniu zakładów „Polaris” oraz „Edpol”, które przed przystąpieniem do postępowania powinny złożyć wniosek o rozszerzenie zakresu działalności gospodarczej do właściwego ze względu na siedzibę zakładu, Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego. Na podstawie zgłoszenia, możliwe jest wydanie decyzji pozytywnej lub negatywnej w sprawie zatwierdzenia zakładu o rozszerzoną działalność gospodarczą (art. 62 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia). Brak wymaganych decyzji administracyjnych potwierdzających rozszerzenie działalności gospodarczej w zakresie przedmiotu zamówienia, potwierdzać ma brak uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia.

W dniu 08 i 12 maja 2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca PPH POLARIS Małgorzata Gruszczyńska oraz „EDPOL” Eksport-Import Edward Dąbrowski. Przystępujący EDPOL, w uzasadnieniu wskazał, iż załączone do oferty decyzje nr 6031/13/K/2005, 620/D/NZ/104/2005 oraz zaświadczenie HŻŻ-412-46-3-2007, potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Treść dokumentów wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że prowadzony przez wykonawcę zakład jest wpisany do rejestru prowadzonego przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej pod numerem 001/1007/2007 oraz rejestru prowadzonego przez Powiatowego Lekarza Weterynarii pod numerem 20624001. W decyzjach wymieniony jest rodzaj, zakres i asortyment, które odpowiadają przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu. Trudno wymagać, aby właściwe organy wpisywały drobiazgowo wszystkie rodzaje i asortyment artykułów żywnościowych, gdyż byłaby to niezliczona ilość pozycji. Wymienione na wstępie przepisy jasno określają jakie dane umieszcza się w rejestrze.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na posiedzeniu uznał, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy i rozpoznał sprawy na rozprawie. Na podstawie przedłożonej na rozprawie dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

1. W zakresie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o.:

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż złożył ofertę w postępowaniu na wszystkie części przedmiotu zamówienia, a w przypadku uwzględnienia odwołania w całości, jego oferta jako jedyna nie podlegająca odrzuceniu będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza we wszystkich tych częściach.

Na podstawie dokumentacji dołączonej do akt sprawy, a także stanowisk stron przedstawionych na rozprawie, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Zamawiający – Agencja Mienia Wojskowego, prowadzi postępowanie na zakup polowych paczkowanych racji żywnościowych w oparciu o Plan wieloletni zakupu środków materiałowych dla Sił Zbrojnych w latach 2008-2010 opracowany przez Zarząd Planowania Rzeczowego – P8. Do celów ewidencyjnych i sprawozdawczych, dla żywności nabywanej na potrzeby Sił Zbrojnych RP wykorzystuje się Klasyfikację Wyrobów Obronnych, wprowadzoną do stosowania w resorcie Obrony Narodowej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1999r. w sprawie Klasyfikacji Wyrobów Obronnych (KWO) (DZ. U. Nr 26, poz. 231). W ramach tej klasyfikacji, przedmiotowe racje żywnościowe zostały ujęte w grupie 89-Wyżywienie, w klasie 8970 – racje żywnościowe porcjowane. W rozumieniu norm obronnych, racje żywnościowe są wyrobami, które stanowią jeden niepodzielny produkt finalny (jednolitą całość), a pojęcie racja jest jednostką miary, oznaczającą całodienne wyżywienie dla jednego żołnierza. Na etapie planowania stawka VAT dla przedmiotu zamówienia wynika z nadania przez Ministra Obrony Narodowej numeru 15.89.1 wg Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług – Produkty spożywcze pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane. Zgodnie z przedłożoną interpretacją Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 30.10.2007 (MS-02-2-5672/KU-234/2/2007), dotychczasowy sposób klasyfikowania racji żywnościowych do grupy 15.89.1 PKWiU był nieprawidłowy, a każdy z produktów wchodzących w skład racji powinien być klasyfikowany, zgodnie z właściwą dla niego pozycją PKWiU. Jak wynika z pisma Zastępcy Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z dnia 29.02.2008r., konieczne jest uzupełnienie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, w związku z brakiem literalnego odpowiednika dla racji żywnościowych.

Na podstawie przedstawionych dokumentów, skład orzekający Izby uznał, iż zagadnienie sposobu klasyfikowania racji żywnościowych wg PKWiU nie jest jednoznaczne. Nie stanowi to jednak podstawy do uznania słuszności zarzutu dokonania przez Zamawiającego wyboru ofert najkorzystniejszych z naruszeniem przepisów ustawy. Skład orzekający stwierdził, co znajduje potwierdzenie w przedłożonych stanowiskach organów statystyki publicznej, iż sposób zakwalifikowania wyrobu na etapie planowania nie jest wiążący dla wykonawców składających oferty, gdyż to na producentach lub usługodawcach spoczywa obowiązek właściwego zaklasyfikowania określonego wyrobu lub usługi. Nawet informacje udzielone przez jednostki służby statystyki publicznej nie mają charakteru wiążącego i nie są skierowane na wywołanie określonych skutków prawnych. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż obowiązkiem wykonawców, a nie Zamawiającego jest naliczenie prawidłowej stawki podatku VAT.

Odwołujący wywodził z faktu zaniechania przez Zamawiającego dokonania wyjaśnienia wysokości stawek podatku VAT zawartych w złożonych ofertach, iż mógł on dokonać wyboru oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r, Nr 223, poz. 1655), strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Skład orzekający stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie zarzutów zastosowania błędnej stawki podatku VAT, a także wystąpienia rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach PPH „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska, PPH „EDPOL” Eksport – Import Edward Dąbrowski, PPH „Musli Klex” Sp. z o.o. Całość zarzutów Odwołującego opiera się na stwierdzeniu błędu w przypisaniu właściwej grupy PKWiU na etapie planowania zakupów, które mają przekładać się na ewentualną wątpliwość co do prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT w złożonych ofertach. Skład orzekający nie uznał za udowodnione twierdzenie o złożeniu ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny. W ofertach nie zostały wskazane należne stawki podatku VAT, gdyż Zamawiający żądał jedynie podania kwot brutto. Odwołujący wywodzi, wyłącznie z faktu złożenia ofert tańszych od oferty Odwołującego, zaistnienie przesłanki uzasadniającej odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1,3,4 i 6 ustawy Pzp. Wskazana przez Odwołującego podstawa prawna z art. 26 ust. 4, z której wywodzi naruszenie obowiązku wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4, dotyczy oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Tym samym skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu

przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wysokości stawki podatku VAT uwzględnionej w złożonych ofertach.

Podobnie skład orzekający nie uznał za udowodnione twierdzenia Odwołującego, jakoby oferty zawierały rażąco niską cenę. Po pierwsze, Odwołujący nie potrafił określić, jakie stawki podatku VAT zostały ujęte w złożonych ofertach zakładając, że wszystkie oferty zawierają błąd w obliczeniu ceny. A po wtóre, skutki prawne w postaci odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 wywodzi wyłącznie z hipotezy, że oferty ze stawką 22 %, powinny być uznane za rażąco niskie w odniesieniu do ceny netto. Ustalenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie może odnosić się do kwoty netto, gdyż zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Skład orzekający nie dopatrył się podstaw do zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zaproponowane przez wszystkich wykonawców ceny są zbliżone, a różnica pomiędzy złożonymi ofertami nie przekracza 10 % ich wartości. Tym samym skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryterium oceny ofert.

Zarzuty względem wybranych ofert wynikają jedynie z subiektywnego przypuszczenia Odwołującego popełnienia błędu w obliczeniu ceny, jak również złożenia ofert z rażąco niską ceną. Zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnienia zastosowanych w ofertach stawek podatku VAT nie znajduje również poparcia w przytoczonej podstawie prawnej, tj. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

2. W zakresie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Musli Klex” Sp. z o.o.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż złożył ofertę na część 1, 2 i 3 przedmiotu zamówienia, a w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta stanie się najkorzystniejsza w części 1 i 2.

Zarzuty odwołania sprowadzają się w zasadzie do jednego zarzutu względem dwóch najkorzystniejszych ofert, tj. nie spełniania warunku udziału w postępowaniu – posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił, iż w wybranych ofertach Małgorzaty Gruszczyńskiej PPH „POLARIS oraz PPH „Edpol” Eksport – Import Edward Dąbrowski, załączone decyzje Powiatowego Lekarza Weterynarii oraz Inspektora Sanitarnego nie dotyczą racji żywnościowych, których

wprowadzenie do obrotu w przypadku wskazanych wykonawców, wymaga rozszerzenia działalności gospodarczej i uzyskania decyzji w rozszerzonym zakresie.

Skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części V pkt 2 ppkt 1, żądał na potwierdzenie posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie przedmiotu zamówienia dla wykonawców krajowych:

- decyzji administracyjnej Powiatowego lekarza weterynarii o zatwierdzeniu zakładu, określonej w art. 20 ustawy z dnia 16 grudnia 2005r o produktach pochodzenia zwierzęcego (Dz. U. z 2006 r. Nr 17 poz. 127 z późn. zm.) lub zaświadczenia o wpisie do rejestru zatwierdzonych zakładów albo

- decyzji lub zaświadczenia Państwowego Powiatowego Inspektora sanitarnego o zatwierdzeniu zakładu, o których mowa w art. 61 i 62 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. nr 171, poz. 1225 z późn. zm.) albo

- decyzji lub zaświadczenia Państwowego powiatowego inspektora sanitarnego o wpisie do rejestru zakładów dla wykonawców o których mowa w art. 63 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia – zakładów prowadzących działalność w zakresie pośrednictwa w sprzedaży żywności „na odległość” (sprzedaży wysyłkowej), w tym sprzedaży przez Internet.

Na obecnym etapie postępowania zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy związani są postanowieniami siwz, a te dopuszczają alternatywnie możliwość przedłożenia różnych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Skład orzekający ustalił, iż do ofert wykonawców PPH „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska oraz PPH EDPOL Eksport – Import Edward Dąbrowski, załączone zostały poza kwestionowanymi decyzjami organów sanitarnych i weterynaryjnych, zaświadczenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego o wpisie do rejestru zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność, podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej (zaświadczenie 10 / 08 z 31.01.2008 r. oraz zaświadczenie nr PSSE-HŻŻ-4121-46-3-2007).

W ocenie składu orzekającego treść zaświadczeń jest wystarczająca do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, a dołączone decyzje dodatkowo potwierdzają posiadane uprawnienia do wykonywania działalności. Niezależnie od sposobu sformułowań zawartych w decyzjach, obaj Wykonawcy zostali wpisani do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Podnoszony przez Odwołującego argument braku zgłoszenia do właściwego organu inspekcji, rozszerzenia działalności w zakresie konfekcjonowania (dostawy) racji żywnościowych, nie znajduje uzasadnienia w powołanej podstawie prawnej - art. 65 ust. 2 ustawy z dnia

25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Wskazany przepis nakłada na podmioty działające na rynku spożywczym obowiązek do aktualizowania wyłącznie wykazu urzędzeń dystrybucyjnych do sprzedaży żywności w opakowaniach.

Skład orzekający nie brał pod uwagę dokumentu prywatnego przedłożonego przez Odwołującego na potwierdzenie braku spełniania przez wybranych wykonawców warunku udziału w postępowaniu – opinia nr 0871/KLX/08. Przedstawione dokumenty w ocenie składu orzekającego nie mogą stanowić podstawy do uznania zasadności stanowiska Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż wykonawcy potwierdzili spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3.

Mając na uwadze powyższe ustalenia dokonane na rozprawie, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*