

WYROK
z dnia 27 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 25 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu /protestów* z dnia 16 października 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Wanda-Lech” Sp. z o.o., 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Wanda-Lech” Sp. z o.o., 41-710 Ruda Śląska, ul. Niedurnego 13**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na >>Dostawę **bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Pokój”<<. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się **04.10.2008 r.** w Dz. U. U E Nr 2008/S 193-255549.**

16.10. 2008 r. (pismo z 10.10. 2008 r.) faksem wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WANDA-LECH” sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej złożył protest na treść ogłoszenia o zamówieniu zarzucając zamawiającemu:

-
1. Brak zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami wydanego na podstawie art. 232 i K. p. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. Nr 60, poz. 279), zwanego dalej rozporządzeniem, pomimo że zamawiający jest zobowiązany

do wydawania przedmiotowych posiłków zgodnie z przywołanymi przepisami.

2. Sprzeczność określonych w ogłoszeniu przetargowym warunków z cyt. rozporządzeniem polegającymi w szczególności na tym, że:

- 1) zamawiający nie zastrzegł, aby posiłek lub produkty, z których uprawniony pracownik samodzielnie przygotuje posiłek, zawierały odpowiedni odsetek składników i posiadały odpowiednią wartość kaloryczną, dopuszczając możliwość dostarczenia posiłków lub produktów o innych niż prawidłowe wskaźniki kaloryczności i wartości odżywczych i powoduje, że oferty będą dotyczyć różnych jakościowo produktów i nie będą przez to porównywalne;
- 2) zamawiający dopuścił jako formę dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne lub wydanie produktów do ich przygotowania w formie not księgowych, pomimo, że dostarczanie przez podmioty posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania objęte jest regulacją zawartą w ustawie z dnia 11 marca 2004 roku o podatku dochodowym od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), co skutkuje obowiązkiem dokumentowania tych czynności fakturami VAT, ponadto noty księgowe nie muszą mieć szczegółowo wyspecyfikowanych pozycji, co jest sprzeczne z 2 ust. 1 rozporządzenia, gdyż zamawiający pomimo ciążącego na nim obowiązku nie będzie kontrolował czy uprawniony pracownik otrzymał właściwe produkty do przygotowania posiłku;
- 3) zamawiający nie zastrzegł, aby wykonawcy posiadali wynikające z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171 poz. 1225) zatwierdzenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności objętej przedmiotem przetargu, jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej;
- 4) zamawiający określił w pkt X.1b specyfikacji jako możliwy obszar działania punktów gastronomicznych lub handlowych obszar miasta Ruda Śląska, co jest sprzeczne z § 2 ust. 2 rozporządzenia ponieważ tak określony obszar (ze względu na swoją

1 **Art. 232.** Pracodawca jest obowiązany zapewnić pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych, nieodpłatnie, odpowiednie posiłki i napoje, jeżeli jest to niezbędne ze względów profilaktycznych. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje tych posiłków i napojów oraz wymagania, jakie powinny spełniać, a także przypadki i warunki ich wydawania.

rozległość) faktycznie uniemożliwia uprawnionym pracownikom spożycie posiłku lub otrzymanie odpowiednich produktów do jego przygotowania w czasie godzin pracy, chociaż zamawiający powinien dopuścić tylko tych wykonawców, którzy posiadają punkty zlokalizowane w bliskiej odległości od miejsca wykonywania przez pracownika pracy;

- 5) zamawiający, określając w pkt X.1b specyfikacji definicję placówki handlowej, bezpodstawnie wyłączył z jej zakresu znaczeniowego te placówki, w stosunku do których występuje ograniczona dostępność konsumentów, tym samym wyłączył możliwość działania palcówek, które przez swoje umiejscowienie na terenie zakładu pracy zamawiającego mają ograniczoną dostępność klientów tylko do pracowników zamawiającego;
- 6) zamawiający dopuścił w pkt X.1b specyfikacji możliwość realizowania bonów w ogólnodostępnych punktach gastronomicznych lub handlowych bez konieczności wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą, co jest sprzeczne z 2 ust. 1 rozporządzenia ponieważ uprawnieni pracownicy będą mogli spożywać posiłki lub będą otrzymywali produkty, które nie będą spełniały prawidłowych wskaźników kaloryczności i wartości odżywczych, co więcej w przypadku wydania produktów nie muszą to być nawet produkty żywnościowe;
- 7) zamawiający postawił warunek w pkt XII.4 specyfikacji, że bony na posiłki profilaktyczne muszą mieć co najmniej miesięczny okres ważności, przez co zamawiający dopuścił możliwość ich kumulacji, co jest niezgodne z 6 ust. 1 nakazującego, aby posiłki były wydawane uprawnionym pracownikom zamawiającego tylko i wyłącznie w dniach wykonywania przez nich prac uzasadniających ich wydawanie;

- 8) zamawiający nie zastrzegł, aby bony na posiłki profilaktyczne były imienne przez co mogą one być wykorzystane przez inne osoby niż uprawnieni pracownicy, a nawet mogą być przedmiotem obrotu;
 - 9) sprzeczność postanowień pkt X.1b z pkt XII.2 specyfikacji ponieważ zamawiający raz wymaga aby wykonawcy dysponowali siecią placówek na terenie województwa śląskiego, a raz na terenie miasta Ruda Śląska;
 - 10) przyjęta przez zamawiającego formuła dostarczenia bonów na realizację posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania przy uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz okoliczności, że zamawiający utożsamia bony z bonusami, w rzeczywistości oznacza, że zamawiający zmierza do wydania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jest sprzeczne z § 8 rozporządzenia.
- Protestujący żądał skorygowania warunków zawartych w ogłoszeniu.

4

27.10. 2008 r. (pismo z 23.10. 2008 r.) zamawiający uznał protest w zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku sprawowania nadzoru nad sposobem realizacji bonów żywieniowych i oddalił protest w pozostałym zakresie.

1. Zamawiający nie zawarł w specyfikacji zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami wydanego na podstawie art. 232 Kodeksu pracy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, gdyż przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie posiłków profilaktycznych.
2. Sprzeczności określonych w ogłoszeniu warunków z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów:
 - 1) zarzut dotyczący braku zastrzeżenia w specyfikacji, aby posiłek lub produkty, z których uprawniony pracownik samodzielnie przygotuje posiłek zawierały określony procent składników i określoną wartość kaloryczną, jest bezzasadny; brak takiego postanowienia wynika z tego, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie przygotowywanie i wydawanie gorącego posiłku, bądź zestawów śniadaniowych;
 - 2) zarzut dotyczący form dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych Zamawiający uznaje za bezpodstawny. Zgodnie ze specyfikacją przedmiotem zamówienia jest >>Dostawa **bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A Oddział KWK „Pokój”**<< i jak wynika z powyższego postępowaniem przetargowym objęta jest dostawa bonów na posiłki profilaktyczne, a nie dostawa towarów w formie posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania. Bon z zasady pełni funkcję płatniczą i umożliwia nabycie towarów do określonej kwoty, należy go zatem postrzegać jako kwit służący do nabycia danych produktów. Zatem bonu nie można zaliczyć do towarów w rozumieniu ustawy o VAT. Dostawa bonów żywieniowych nie powoduje powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług, w związku z czym czynność ta nie skutkuje obowiązkiem wystawienia faktury VAT. Oznacza to, że nota księgowa jest właściwym dowodem dla udokumentowania ww. czynności. Zatem zarzut w kwestii dotyczącej dokumentowania dostawy bonów żywieniowych w formie not księgowych należy uznać za bezzasadny;
 - 3) przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni być emitentami znaków legitymacyjnych, które następnie realizowane będą przez

5

beneficjentów (pracowników) w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych. Wobec powyższego zarzut dotyczący, obowiązku posiadania przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia

zwierzęcego, wynikającego z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia jest bezzasadny, z uwagi na to, iż nie dotyczy przedmiotu zamówienia.

- 4) zarzut dotyczący sprzeczności określenia przez zamawiającego w pkt X.1b specyfikacji obszaru działania punktów gastronomicznych i handlowych z § 2 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów jest bezzasadny. Zamawiający w warunkach wymaganych od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w pkt X.1b specyfikacji postawił warunek dysponowania siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Rudy Śląskiej. Zgodnie z treścią tego rozporządzenia pracodawca zapewnia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie posiłki wydawane ze względów profilaktycznych, w formie jednego dania gorącego. W § 2 ust. 2 cytowanego rozporządzenia ustawodawca przewiduje dwie możliwości realizacji zobowiązania, w przypadku gdy pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, tj.:
- a) korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych,
 - b) przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów.

Rozporządzenie nie określa w jakiej odległości od miejsca wykonywania pracy przez pracownika powinny być zlokalizowane punkty handlowe, z których pracownik przyrządzi posiłek we własnym zakresie. Ponadto należy podkreślić, iż specyfika pracy w górnictwie, pracowników zatrudnionych w warunkach szczególnie uciążliwych, którym przysługuje prawo do posiłku profilaktycznego, często uniemożliwia również ze względów organizacyjnych, sposobność spożycia gorącego posiłku w czasie pracy;

- 5) zarzut, dotyczący konieczności wprowadzenia do specyfikacji postanowienia dotyczącego wydzielenia odrębnych stanowisk, zamawiający uznaje za bezzasadny, gdyż nie ma potrzeby wydzielania odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą realizację bonów;

6

-
- 6) zamawiający uznaje zarzut w zakresie obowiązku sprawowania nadzoru nad sposobem realizacji bonów żywieniowych i dokonana stosownej modyfikacji specyfikacji przez wprowadzenie w specyfikacji w Załączniku nr 1 „Szczegółowy zakres zamówienia” a także w Załączniku nr 4 „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” postanowienia dotyczącego zastrzeżenia przeprowadzania przez zamawiającego okresowych kontroli sposobu realizacji bonów żywieniowych.
- 7) zarzut dotyczący wyłączenia możliwości działania placówek umiejscowionych na terenie zakładu pracy – zamawiający uznaje za bezzasadny. Zamawiający wyjaśnia, iż przez placówkę handlową dostępną dla ogółu konsumentów rozumie placówkę dostępną dla zamawiającego, uprawnionych do otrzymania posiłków profilaktycznych;
- 8) zamawiający oddalił zarzut dotyczący „co najmniej miesięcznego” terminu ważności bonów żywieniowych. Zasady wydawania i rozliczania posiłków profilaktycznych są zgodne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Zamawiający podkreśla fakt, iż aktualnie obowiązujące „kartki” realizowane przez pracowników zamawiającego wydawane są pracownikom przed miesiącem ich realizacji i mają termin ważności do końca miesiąca następującego po miesiącu ich wydania i to pracownik decyduje kiedy je zrealizuje w celu przyrządzenia posiłku;
- 9) zarzut dotyczący braku zastrzeżenia, iż bony na posiłki profilaktyczne winny być imienne zamawiający oddała jako bezzasadny. Uprawniony pracownik do otrzymania bonów, zobowiązany będzie do potwierdzenia odbioru bonów (kuponów) na imiennym wykazie w momencie odbioru bonów.
- 10) zamawiający nie widzi sprzeczności w postanowieniach pkt X.1b i pkt XII.2 specyfikacji. Wykonawca zobowiązany będzie do spełnienia warunku udziału w

postępowaniu zgodnie z pkt X.1b tj. musi cyt. „dysponować siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Miasta Ruda Śląska...” i w celu potwierdzenia tego warunku zobowiązany będzie do przedstawienia szczegółowego wykazu punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych, którymi dysponuje na terenie województwa śląskiego, ale przede wszystkim zgodnie z załącznikiem nr 6 do specyfikacji na terenie Miasta Ruda Śląska. Zamawiający podkreśla, iż zgodnie z pkt XXI.2 Kryteria oceny ofert – ocenie podlegać będzie liczba punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych ogółem na terenie miasta Ruda Śląska, które to liczby wykonawca będzie zobowiązany podać w Formularzu Ofertowym;

7

- 11) zarzut protestującego dotyczący utożsamiania przez Zamawiającego bonu z bonusem i w efekcie zmierzaniem do wydawania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jak podnosi protestujący jest sprzeczne z § 8 przytaczanego rozporządzenia, zamawiający uznaje jako bezzasadny. Zamawiający konstruując specyfikację uznał, że z uwagi na to, iż wyrazy bon, kupon, talon są synonimami, istotne przy zdefiniowaniu przedmiotu zamówienia jest rozszerzenie „żywieniowy” oraz to, by znak legitymacyjny tu nazywany bonem (kuponem, talonem czy bonusem) żywieniowym umożliwił pracownikowi nabycie gorących posiłków profilaktycznych lub produktów do jego samodzielnego przygotowania. Zamawiający, zgodnie z art. 30 ust. 7 Pzp do opisu przedmiotu zamówienia zastosował nazwę i kod określony we Wspólnym Słowniku Zamówień kod 22867000-5 Talony na posiłki – wskazując tym samym w sposób absolutnie jednoznaczny, co jest przedmiotem zamówienia. Zamawiający zaznacza, iż talon, bon żywieniowy (znak legitymacyjny) to rodzaj dokumentu upoważniający do odbioru artykułów spożywczych lub gorącego posiłku, nie mieści się w definicji towaru w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy o podatku od towarów i usług, a przede wszystkim talon nie jest odpowiednikiem pieniądza.

03.11. 2008 r. (pismo z 20.10. 2008 r.) Wykonawca Wanda-Lech wniósł odwołanie żądając unieważnienia postępowania.

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień specyfikacji zawierających uchybienia wskazane w proteście odwołującego, powodując naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez sformułowanie postanowień specyfikacji zawierających uchybienia wskazane w proteście odwołującego, powodując określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 3) art. 30 ust. 7 Pzp przez użycie do opisu przedmiotu zamówienia niewłaściwej nazwy i kodu określonego we Wspólnym Słowniku Zamówień;
- 4) art. 232 Kp przez niezapewnienie pracownikom Zamawiającego zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie odpowiednich posiłków i napojów profilaktycznych;
- 5) § 1, 2, 6 i 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów przez brak zastrzeżenia w specyfikacji, że

8

realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z ww. postanowieniami wspomnianego rozporządzenia;

- 6) art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia przez brak zastrzeżenia w specyfikacji o obowiązku posiadania przez wykonawców zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych

- urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej;
- 7) art. 2 pkt 6, art. 106 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) przez dokumentowanie dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych, a nie w formie faktur VAT.

Odwołanie zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne jak w proteście.

Na podstawie dokumentacji, stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych ustnie podczas rozprawy – skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

Skład orzekający izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem odwołania jest zaskarżenie treści ogłoszenia i specyfikacji w zamówieniu publicznym w trybie przetargu nieograniczonego na >>Dostawę **bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 12 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników Kompanii Węglowej S.A Oddział KWK „Pokój”<<.**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w treści ogłoszenia i specyfikacji:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień specyfikacji zawierających uchybienia wskazane w proteście odwołującego, powodując naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez sformułowanie postanowień specyfikacji zawierających uchybienia wskazane w proteście odwołującego, powodując określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą

9

niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

- 3) art. 30 ust. 7 Pzp przez użycie do opisu przedmiotu zamówienia niewłaściwej nazwy i kodu określonego we Wspólnym Słowniku Zamówień;
- 4) art. 232 Kp przez niezapewnienie pracownikom Zamawiającego zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie odpowiednich posiłków i napojów profilaktycznych;
- 5) § 1, 2, 6 i 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów przez brak zastrzeżenia w specyfikacji, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z przytoczonymi uregulowaniami tego rozporządzenia;
- 6) art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia przez brak zastrzeżenia w specyfikacji o obowiązku posiadania przez wykonawców zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia jako działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej;
- 7) art. 2 pkt 6, art. 106 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) przez dokumentowanie dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych, a nie w formie faktur VAT.

Odwołujący w proteście i odwołaniu przedstawił konkretne zarzuty:

W zakresie zarzutu pierwszego, odwołujący zarzucił, iż zamawiający nie zawarł w specyfikacji zastrzeżenia, że realizacja posiłków profilaktycznych powinna być zgodna z postanowieniami art. 232 Kodeksu pracy oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Zamawiający podkreślił, że

przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie posiłków profilaktycznych.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów, a nie dostawa posiłków profilaktycznych. Tak też stanowi tytuł zamówienia, pkt III specyfikacji oraz załącznik nr 1 „Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia”. Dlatego zarzuty odwołującego odnoszące się do składu i kaloryczności posiłków profilaktycznych są bezpodstawne.

Skład orzekający Izby podobnie, jak stanowisko zamawiającego, rozstrzyga zarzut odwołującego, że bez przywołania w specyfikacji regulacji art. 232 Kp i rozporządzenia Rady

10

Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów zamawiający otrzyma oferty, które będą dotyczyć różnych jakościowo produktów i nie będą przez to porównywalne.

Zarzut jest bezzasadny. Brak takiego zastrzeżenia w specyfikacji jest uzasadniony tym, że przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie przygotowywanie i wydawanie gorącego posiłku.

Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, przez brak wskazania w specyfikacji wymienionych przez odwołującego przepisów prawa. Warunek wykazania interesu prawnego wynika z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący ponadto zarzucił, iż zamawiający dopuścił noty księgowe jako formę dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne lub wydanie produktów do ich przygotowania, pomimo że dostarczanie przez podmioty zewnętrzne posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania jest unormowane w ustawie z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 [...], z 2008 r. Nr 141, poz. 888).

Stanowisko składu orzekającego Izby jest zgodne rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego, że zarzut niewłaściwych form dokumentowania notami księgowymi dostaw bonów żywieniowych jest bezpodstawny.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych dla pracowników zamawiającego, a nie dostawa towarów w formie posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania.

Bon ze swej istoty spełnia funkcję płatniczą i umożliwia nabycie towarów do kwoty wskazanej w nominale bonu lub umowie między wystawcą bonu a beneficjentem. Dlatego bon należy postrzegać jako specyficzny środek służący do nabycia danych produktów, a więc nie można bonu zaliczyć do towarów w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z art. 2 pkt 6 tej ustawy przez towary rozumie się rzeczy ruchome, jak również wszelkie postaci energii, budynki i budowle lub ich części, będące przedmiotem czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, które są wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, a także grunty. Zatem należy stwierdzić, iż dostawa bonów żywieniowych nie powinna podlegać opodatkowaniu tym podatkiem. Art. 106 ust. 1 nakłada na podatników, o których mowa w art. 15 tej ustawy, obowiązek wystawienia faktury VAT w przypadku dokonania czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Jednak dostawa bonów żywieniowych nie powoduje powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od

11

towarów i usług, a więc czynność ta nie podlega obowiązkowi wystawienia faktury VAT. Dlatego nota księgowa jest wystarczającym dowodem dla udokumentowania ww. czynności.

Zarzut niewłaściwego dokumentowania dostawy bonów żywieniowych notami księgowymi skład Izby uznał za i podziela orzekający bezzasadny stanowisko zamawiającego, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych i ich realizacja, a nie dostawa posiłków profilaktycznych. Śądanie wystawiania faktur VAT Zamawiającemu powodowałoby powtórne naliczanie podatku od towarów i usług za już zrealizowany bon towarowy, gdy od towaru już naliczono VAT.

Dlatego skład orzekający Izby uznał zarzut za niezasadny i podlegający oddaleniu.

Również odwołujący zarzucił brak zastrzeżenia w specyfikacji obowiązku posiadania przez wykonawców zatwierdzenia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego do wykonywania działalności polegającej na wprowadzaniu do obrotu produktów pochodzenia zwierzęcego. Zgodnie z art. 61 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia państwowy powiatowy inspektor sanitarny jest organem właściwym w sprawach rejestracji oraz zatwierdzania, warunkowego zatwierdzania, przedłużania warunkowego zatwierdzenia, zawieszania oraz cofania zatwierdzenia zakładów, które produkują lub wprowadzają do obrotu żywność pochodzenia niezwierzęcego lub wprowadzają do obrotu produkty pochodzenia zwierzęcego, nie objęte urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej. W granicach tego zarzutu zamawiający stwierdził, że skoro przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, to Wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni być wystawcami znaków legitymacyjnych, które następnie realizowane będą przez pracowników zamawiającego w określonych punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych. W związku z tym zarzut jest bezzasadny, z uwagi na to, iż nie dotyczy przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdza że stanowisko Zamawiającego jest zasadne, ze względu na to, że przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych, a nie dostawa posiłków profilaktycznych, do czego należałoby stosować przytoczone przepisy przez odwołującego. Dlatego w ocenie składu orzekającego Izby zarzut jest bezpodstawny.

W zakresie następnego zarzutu, odwołujący zarzucił nietrafne określenie obszaru działania punktów gastronomicznych i handlowych, gdyż zamawiający określił w pkt X.1b specyfikacji jako obszar działania punktów handlowych lub gastronomicznych teren miasta Ruda Śląska, a jest to sprzeczne z § 2 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów, ponieważ tak obszernie określony teren faktycznie uniemożliwia uprawnionym pracownikom spożycie posiłku lub otrzymanie odpowiednich produktów do przygotowania posiłku w czasie godzin pracy i zamawiający powinien dopuścić

12

do udziału w postępowaniu tylko wykonawców, którzy posiadają punkty zlokalizowane w bliskiej odległości od miejsca wykonywania przez pracownika pracy lub którzy będą wydawali posiłki lub artykuły niezbędne do przygotowania posiłków w lokalu na terenie zakładu pracy w czasie pracy pracowników zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że zarzut sprzeczności określenia przez Zamawiającego w pkt X.1b specyfikacji obszaru działania punktów gastronomicznych i handlowych z § 2 ust 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów jest bezzasadny. Zamawiający w Warunkach wymaganych od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w pkt X.1 b specyfikacji postawił warunek dysponowania siecią punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na terenie Rudy Śląskiej. Zgodnie z treścią § 2 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia pracodawca musi zapewnić pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych, gdy pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych lub przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów. Natomiast rozporządzenie nie określa odległości od miejsca wykonywania pracy przez pracownika usytuowania punktów handlowych lub gastronomicznych, jeżeli sam pracownik przyrządza sobie posiłek. Zamawiający również wskazuje, że specyfika pracy w górnictwie pracowników, którym przysługuje prawo do posiłku profilaktycznego, często uniemożliwia, ze względów organizacyjnych, sposobność spożycia gorącego posiłku w czasie pracy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający w sposób wyczerpujący i zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, nie uwzględnił tego zarzutu. Zarzut odwołującego w ocenie Izby jest niezasadny i podlega oddaleniu.

Następnie odwołujący zarzucił braku w specyfikacji potrzeby wydzielenia w placówkach handlowych i gastronomicznych odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą, gdyż zamawiający dopuścił w pkt X.1b specyfikacji możliwość realizowania bonów w ogólnodostępnych punktach handlowych lub gastronomicznych bez konieczności

wydzielenia odrębnych stanowisk z odrębną kasą rejestrującą. Zdaniem odwołującego jest to sprzeczne z § 2 ust. 1 przytaczanego rozporządzenia, ponieważ uprawnieni pracownicy będą spożywać posiłki lub będą otrzymywali produkty, które nie będą spełniały warunków kaloryczności i wartości odżywczych, a nawet w przypadku wydania zamawiający nie zastrzegł, że muszą to być produkty żywnościowe. Tym samym zamawiający nie będzie mógł kontrolować sposobu realizacji ciążącego na nim obowiązku dostarczenia posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania, gdy wykonawca nie będzie musiał

13

obowiązku szczegółowego wyspecyfikowania, co indywidualny pracownik otrzymał za dostarczony bon.

W zakresie tego zarzutu Zamawiający stwierdził, że Zarzut dotyczy wyłączenia możliwości działania placówek umiejscowionych na terenie zakładu pracy i jest to zarzut bezzasadny, gdyż przez placówkę handlową lub gastronomiczną dostępną dla ogółu konsumentów rozumie placówkę dostępną dla ogółu pracowników zamawiającego, uprawnionych do otrzymania posiłków profilaktycznych.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, gdyż pojęcia placówka ogólnie dostępna należy rozumieć, że to placówka, która obsługuje również wszystkich pracowników zamawiającego. Skoro odwołujący świadczy usługi na terenie zakładów zamawiającego to zwłaszcza placówka odwołującego jest dostępna dla pracowników zamawiającego i takie jest przesłanie zamówienia – zapewnienie posiłków profilaktycznych dla pracowników lub możliwości przygotowania sobie takich posiłków przez pracowników, a nie osób trzecich.

Zdaniem składu orzekającego z tych względów ten zarzut odwołującego jest bezzasadny i podlega oddaleniu.

Ponadto odwołujący zarzucił wprowadzenie do specyfikacji wymogu „co najmniej miesięcznego” terminu ważności bonów żywieniowych, przez co została wprowadzona możliwość jednorazowego realizowania większej liczby bonów żywieniowych, a nie pojedynczego ich wykorzystywania przez pracowników zamawiającego. Odwołujący stwierdza, że nie ma znaczenia powoływany przez zamawiającego fakt, iż aktualnie obowiązujące u zamawiającego bony wydawane są pracownikom przed miesiącem ich realizacji i mają termin ważności do końca miesiąca następującego po miesiącu ich wydania i że pracownik sam decyduje kiedy je zrealizuje w celu przyrządzenia posiłku. Jest to niezgodne z ideą zapewnienia posiłków profilaktycznych przez pracodawcę – § 6 ust. 1 rozporządzenia nakazuje, aby posiłki były wydawane uprawnionym pracownikom tylko i wyłącznie w dniach wykonywania przez nich prac uzasadniających ich wydanie i to w czasie regulaminowych przerw w pracy, w zasadzie po 3-4 godzinach pracy.

Zamawiający oddalił zarzut dotyczący "co najmniej miesięcznego" terminu ważności bonów żywieniowych, gdyż zasady wydawania i rozliczania posiłków profilaktycznych są zgodne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 roku w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów. Zamawiający podkreślił fakt, iż dotychczas obowiązujące bony żywieniowe wydawane są pracownikom przed miesiącem ich realizacji i mają termin ważności do końca miesiąca następującego po miesiącu ich wydania i to pracownik decyduje kiedy je zrealizuje w celu przyrządzenia posiłku i w jakiej ilości.

14

Skład orzekający Izby przychylił się do poglądu Zamawiającego. Ponadto przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest także brak wykazania przez Odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, przez zawarcie w specyfikacji warunku, iż bony żywieniowe muszą mieć okres ważności do końca następnego miesiąca po miesiącu, na który zostały wydane. Warunek wykazania interesu prawnego wynika z art. 179 ust. 1 Pzp.

Kolejnym zarzutem odwołującego jest stwierdzenie, iż bony na posiłki profilaktyczne muszą być imienne. Zamawiający nie zastrzegając w specyfikacji, aby bony na posiłki profilaktyczne były imienne dopuszcza sytuację, że mogą one być wykorzystane przez osoby trzecie, nie uprawnione, a nawet mogą być przedmiotem obrotu, co jest sprzeczne z ideą posiłków profilaktycznych, które mają rekompensować wyłącznie uprawnionemu

pracownikowi uciążliwość jego pracy ze względu na wysiłek fizyczny, temperaturę czy miejsce wykonywania pracy oraz jest sprzeczne z postanowieniem § 1 powołanego rozporządzenia, stanowiącego, iż pracodawca zapewnia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie posiłki wydawane ze względów profilaktycznych w formie jednego dania gorącego.

Również okoliczność potwierdzania przez pracowników zamawiającego faktu odbioru bonu żywieniowego nie uniemożliwia pracownikom rozporządzania tymi bonami na rzecz osób nieuprawnionych do posiłków profilaktycznych.

Zamawiający oddalił, jako bezzasadny zarzut, dotyczący braku zastrzeżenia imienności bonów. Zamawiający stwierdził, że uprawnieni pracownicy są zobowiązani w momencie odbioru bonów do potwierdzenia odbioru bonów na imiennym wykazie.

Skład orzekający Izby stwierdza zasadność stanowiska zamawiającego i oddala zarzut odwołującego. Przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest również brak wykazania przez odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego, w uzyskaniu zamówienia, przez warunek, że bony na posiłki profilaktyczne nie są imienne. Warunek wykazania interesu prawnego wynika z art. 179 ust. 1 Pzp.

Również zarzutem odwołującego jest stwierdzenie, iż wystąpiła sprzeczność postanowień pkt X.1b z pkt XII.2 specyfikacji, ponieważ Zamawiający raz wymaga, aby wykonawcy dysponowali siecią placówek na terenie województwa śląskiego, a raz na terenie miasta Ruda Śląska.

Zamawiający oddalając ten zarzut stwierdził, iż nie widzi sprzeczności między tymi postanowieniami specyfikacji, szczególnie że wykonawca będzie zobowiązany do wykazania, że dysponuje siecią punktów handlowych i gastronomicznych akceptujących bony żywieniowe, oferujących w sprzedaży produkty spożywcze i gotowe posiłki na obszarze Rudy Śląskiej. Oferent (wykonawca) zobowiązany będzie do przedstawienia szczegółowego

15

wykazu odpowiednich placówek, którymi dysponuje na terenie województwa śląskiego, ale – przede wszystkim, na co wskazuje załącznik nr 6 do specyfikacji – na obszarze Rudy Śląskiej. Jednocześnie zamawiający wskazuje, że na podstawie pkt XXI.2 Kryteria oceny ofert będzie oceniać ogólną liczbę właściwych placówek na terenie Rudy Śląskiej i w rzeczywistości te liczby będą zobowiązani podać wykonawcy w ofercie sporządzonej zgodnie z formularzem ofertowym.

Skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego. Mimo wystąpienia niedokładności między poszczególnymi postanowieniami specyfikacji, jednak te postanowienia się nie wykluczają – Ruda Śląska jest położona w województwie śląskim, szczególnie, że nazwy te brane pod uwagę wraz z całością specyfikacji wskazują co ma wykazać wykonawca – odpowiednie placówki na terenie Rudy Śląskiej.

Skład orzekający Izby stwierdza zasadność stanowiska zamawiającego i oddala zarzut odwołującego.

Ponadto zarzut odwołującego dotyczący niedostatecznej kontroli realizacji bonów żywieniowych nie został wykazany podczas rozprawy ani w proteście, ani w odwołaniu. Zamawiający określił, że będzie dokonywać kontroli przez realizowanie zakupu kontrolnego we wskazanych placówkach wykonawcy. Natomiast odwołujący nie wykazał niewłaściwości takiego postępowania ani innych sposobów kontroli, które byłyby zasadniejsze niż przedstawione przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdza zasadność stanowiska zamawiającego i oddala zarzut odwołującego.

Ostatnim zarzutem odwołującego jest stwierdzenie, iż zamawiający zmierza do wydania pracownikom w formie znaków legitymacyjnych ekwiwalentu pieniężnego, co jest sprzeczne z § 8 przytaczanego rozporządzenia, stanowiącego, iż pracownikom nie przysługuje ekwiwalent pieniężny za posiłki oraz że określone w specyfikacji warunki realizacji bonów żywieniowych sprawiają, że w wykonawca będzie świadczyć co innego niż posiłki profilaktyczne, a to sprawi, że będzie konieczne opodatkowanie takich świadczeń podatkiem od towarów i usług. Ponadto zamawiający użył do opisu przedmiotu zamówienia nazwy i kodu zawartego we wspólnym Słowniku Zamówień CPV kodu 22867000-5 „Talony na posiłki”. Jest to niezgodne z opisem zamówienia, które to zamówienie dotyczy dostawy

bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych oraz zapewnienia realizacji tych bonów w odpowiednich punktach dla pracowników zamawiającego. Zdaniem odwołującego opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że postępowanie dotyczy zarówno dostawy bonów żywieniowych oraz ich realizacji w postaci wydawania uprawnionym pracownikom posiłków profilaktycznych. Wobec tego zamawiający użył niewłaściwej nazwy i kodu CPV, co

16

powoduje niejasność określenia przedmiotu zamówienia i może wprowadzić w błąd oferentów na co opiewa przedmiot zamówienia. Narusza to art. 30 ust. 7 Pzp, stanowiący, iż do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Zarzut uznał ten zarzut jako bezzasadny, gdyż podczas sporządzania specyfikacji zamawiający uznał, iż wyrazy bon, kupon, talon są synonimami. Natomiast kluczowe znaczenie ma przy definiowaniu przedmiotu ma przymiotnik „żywieniowy” oraz to, aby posługiwanie się znakiem legitymacyjnym (bon, kupon, talon czy bonus żywieniowy) umożliwiło pracownikowi nabycie odpowiednich, wyspecyfikowanych artykułów. Zamawiający, zgodnie z art. 30 ust. 7 Pzp, do opisu przedmiotu zamówienia zastosował nazwę i kod określony w CPV 30199770 – Talony na posiłki (Sekcja II.1.6 ogłoszenia) natomiast w załączniku nr 2 do specyfikacji określił ten kod jako 22867000-5, zgodnie z nieobowiązującym obecnie stanem prawnym w zakresie CPV. Jednak, jak zostało to wykazane podczas rozprawy, uchybienie w numerze kodu CPV nie miało wpływu na możliwość sporządzenia i złożenia właściwych ofert.

Ponadto skład orzekający Izby zauważyła, iż talon, bon itp. to – bez względu na jego skonkretyzowaną nazwę – dokument upoważniający do odbioru określonych przedmiotów. Nie mieści się on w definicji towaru w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy o VAT, a zwłaszcza nie można go uznać za odpowiednik pieniądza.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby podzielił stanowisko zamawiającego i stwierdza, że odwołanie podlega w zakresie tego zarzutu oddaleniu. Ponadto przyczyną nie uwzględnienia zarzutu jest także brak wykazania przez odwołującego uszczerbku jego interesu prawnego przez niezasadne stanowisko odwołującego, że przedmiotowe bony nie są bonami żywieniowymi na posiłki profilaktyczne, tylko są ekwiwalentem pieniądza.

Warunek wykazania interesu prawnego wynika z art. 179 ust. 1 Pzp.

Dowody przedstawione w sprawie podczas rozprawy nie potwierdzają stanowiska stron, które dowody złożyły.

Reasumując zarzuty odwołującego nie potwierdziły się i dlatego skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów prawa.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

17

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok /postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*