Sygn. akt: KIO 929/12

WYROK
z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2012 r. przez wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o.o., Ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Warszawska 41, 11-500 Giżycko,**

przy udziale wykonawcy **Aspen Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Vendi Servis Sp. z o.o., Ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Vendi Servis Sp. z o.o., Ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Olsztynie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 929/12

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Giżycku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usługa żywienia pacjentów szpitala SP ZOZ w Giżycku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 47-077425.

Odwołujący - Vendi Servis Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy ASPEN RES Sp. z o.o. (dalej „ASPEN"), prowadzeniu negocjacji dotyczących ceny z firmą ASPEN, zmianie treści oferty firmy ASPEN, zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie ASPEN, zaniechaniu wezwania firmy ZPHU WAGAMO Grzegorz Sieroński (dalej „WAGAMO") do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a

w razie ich nie uzupełnienia zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaniechaniu odrzucenia oferty firmy WAGAMO.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy poprzez nieuprawnione wezwanie do wyjaśnień dotyczących treści oferty ASPEN, pomimo że oferta ta nie zawiera niejasności, art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy poprzez prowadzenie z firmą ASPEN negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz zmianę jej treści, art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie ASPEN, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę firmy ASPEN, która w świetle kryteriów oceny ofert oraz konieczności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych nie jest ofertą najkorzystniejszą, art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez WAGAMO warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia OC i posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WAGAMO ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie uznania oferty WAGAMO za odrzuconą ze względu na podleganie tego wykonawcy wykluczeniu z udziału w postępowaniu, art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WAGAMO, pomimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy

poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WAGAMO, pomimo, że wykowana nie wniósł wadium.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności oceny ofert, powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem: poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie ASPEN, wezwania WAGAMO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i w razie ich nieuzupełnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania, wykluczenia wykonawcy WAGAMO z postępowania ze względu na zaniechanie wniesienia wadium, odrzucenia oferty WAGAMO jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny i złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, - wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W rozdziale XII SIWZ (str. 16) Zamawiający określił sposób obliczenia ceny oferty w następujący sposób:
1. Wykonawca, w Formularzu ofertowym określi stawki netto i brutto dziennego wyżywienia 1 pacjenta (oraz dziecka kuchni mlecznej) wraz z wartością podatku VAT.
2. Stawka dzienna (osobodnia) musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia w tym między innymi koszty utworzenia rezerwy posiłków i koszty sporządzania posiłków wynikających z tradycji świąt Bożego Narodzenia i Wielkanocy.
3. Cena oferty musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, w zaokrągleniu z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT.
4. Wykonawca obliczy miesięczną wartość zamówienia poprzez pomnożenie stawki dziennej przez szacunkową miesięczną ilość osobodni.
5. Wykonawca obliczy trzyletnią wartość zamówienia poprzez pomnożenie miesięcznej ceny usługi razy 36 miesięcy (netto, brutto i podatek VAT). Trzyletnia wartość usługi brutto stanowić będzie cenę oferty.
Informacje te zostały powtórzone w formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ).
Do obliczeń należało przyjąć: 30 dni w miesiącu 180 osobodni na oddziałach szpitalnych dla kuchni mlecznej (obliczenie wartości za 1 dzień - według formularza nr 3).
Wykonawcy zobowiązani zostali więc do podania w kolejnych kolumnach tabeli:
- stawki dziennego wyżywienia jednego pacjenta (netto i brutto),
- stawki miesięcznego wyżywienia 180 pacjentów przy uwzględnieniu, że miesiąc ma 30 dni (netto i brutto),
- stawki za żywienie w okresie 3 lat (brutto i netto), Odpowiednio z rozbiciem na kuchnię mleczną i oddziały pozostałe.
Wykonawca ASPEN zaoferował w swojej ofercie stawkę dzienną pacjenta w wysokości 2610,00 zł netto, 2818,80 zł brutto. Odwołujący podniósł, że obliczenia wartości w kolejnych

kolumnach, dotyczących stawki za jeden miesiąc żywienia wszystkich pacjentów oraz stawki za pełny okres świadczenia usługi nie odpowiadają sposobowi obliczenia ceny podanemu Zamawiającego. Do obliczenia ceny miesięcznej wykonawca winien pomnożyć cenę jednostkową osobodnia przez liczbę pacjentów (180) a następnie przez liczbę dni w miesiącu (30). Odwołujący argumentował, że Wykonawca ASPEN pominął w obliczeniach ceny miesięcznej konieczność pomnożenia ceny jednostkowej osobodnia przez liczbę żywionych pacjentów. Cena miesięczna netto i brutto została zaniżona 180-krotnie w stosunku do prawidłowej kalkulacji. W konsekwencji zaniżona 180-krotnie jest również cena za 3-letni okres wykonywania usługi.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający będąc w posiadaniu wszystkich danych niezbędnych do prawidłowego obliczenia ceny oferty, powinien uznać powyższą niezgodność za oczywistą omyłkę rachunkową i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy oraz uwzględnić konsekwencje rachunkowe poprawionych omyłek. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta firmy ASPEN winna zostać sklasyfikowana na ostatnim miejscu, jest bowiem najdroższą ze wszystkich ofert.

Zamawiający w dniu 23.04.2012 r. skierował do wykonawcy ASPEN wezwanie do złożenia wyjaśnień, w którym zażądał udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny wyżywienia jednego pacjenta w okresie jednego dnia. W ocenie Odwołującego treść pisma Zamawiającego nosi znamiona negocjacji treści oferty. Zamawiający zadał pytanie, czy cena za jeden dzień wyżywienia pacjenta została przemnożona przez ilość żywionych dziennie pacjentów. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawca ASPEN uzyskał możliwość zmiany treści swojej oferty i wpływu na jej klasyfikację pod względem kryterium ceny. Mógł bowiem potwierdzić, że ceny przez niego podane są zgodnie z wymaganiami SIWZ lecz mógł też złożyć oświadczenie odmiennej treści, wskazując, że zaoferowane ceny jednostkowe wyżywienia jednego pacjenta za jeden dzień zostały przemnożone np. przez dzienną liczbę pacjentów. Odwołujący wprost stwierdził, że z danej przez Zamawiającego możliwości ASPEN skorzystał, składając w dniu 24.04.2012 r. oświadczenie, w którym informuje, że cena jednostkowa wyżywienia jednego pacjenta jest w istocie ceną za żywienie 180 pacjentów.
Zdaniem Odwołującego działanie takie stanowi rażące nadużycie dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie tylko bezzasadnie wezwał ASPEN do udzielenia wyjaśnień, oferta ta nie zawiera bowiem niejasności, lecz też także prowadził z firmą ASPEN negocjacje dotyczące treści złożonej oferty. Wykonawca ten uzyskał możliwość wpływu na klasyfikację swojej oferty po upływie terminu składania ofert. Złożenie przez ASPEN oświadczenia dotyczącego dodatkowych składników ceny jednostkowej osobodnia bezsprzecznie stanowi zmianę treści oferty, niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy.

Zamawiający po uzyskaniu oświadczenia firmy ASPEN nie dokonał żadnych poprawek w ofercie firmy ASPEN.
Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny oferty wyłącznie do firmy ASPEN. Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez wykonawcę ASPEN bardzo wysokiej stawki dziennej wyżywienia jednego pacjenta nie może zostać sklasyfikowane ani jako oczywista omyłka rachunkowa ani tym bardziej jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ. Nie może też być mowy w takim wypadku o uprawnieniu do wzywania do wyjaśnień w zakresie wysokości tej stawki. W omawianym przypadku mamy do czynienia jedynie z oczywistymi omyłkami rachunkowymi, jednak omyłki te występują w kolumnach dotyczących ceny miesięcznej i za 3 lata wykonywania zamówienia. Zamawiający winien tę omyłkę poprawić poprzez zastosowanie sposobu obliczenia ceny zgodnego z SIWZ.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył następujących kodów CPV: 55320000-9 - usługi podawania posiłków, 55521100-9 - usługi rozwożenia posiłków, 55521200-0 - usługi dowożenia posiłków. W ramach wykonywania usługi wykonawca zobowiązany będzie m.in. do przygotowywania całodziennych posiłków dla pacjentów dorosłych, noworodków, niemowląt i małych dzieci z uwzględnieniem diet zlecanych przez lekarzy, z artykułów spożywczych przez siebie zakupionych. (§ 1 ust. 2 lit. a projektu umowy).

Wykonawca świadczyć będzie więc dla Zamawiającego usługę gastronomiczną w oparciu o art. spożywcze przez siebie (wykonawcę) zakupione. Zgodnie z obowiązującymi przepisami usługi takie opodatkowane są wg stawki VAT 8%. Regulacja w tym zakresie zawarta została między innymi w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy obniża się do wysokości 8% dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia. W załączniku tym w pozycji 7, jako opodatkowane stawką podatku 8% zostały wymienione usługi związane z wyżywieniem. Odwołujący podniósł, że Wykonawca WAGAMO zastosował w swojej ofercie nieprawidłowe stawki VAT na niektóre usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia (str. 3 oferty WAGAMO), np. na przygotowywane mieszanki mleczne Bebiko, Nan, glukozę i inne. Błąd wykonawcy polegał na zastosowaniu stawki podstawowej 23% zamiast obniżonej 8%. Przyczyną zaistnienia błędu w obliczeniu ceny było najprawdopodobniej zaoferowanie przez wykonawcę stawek VATu takich jak obowiązują przy zakupie produktów do wytworzenia mieszanek zamiast stawki, jaka winna być stosowane przy świadczeniu usługi żywienia pacjentów. Przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest jednak działalność handlowa polegająca na odsprzedaży surowców do produkcji posiłków, w związku z czym oferta firmy WAGAMO zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający wymagał m.in. wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania jednej usługi polegającej na żywieniu zbiorowym co najmniej 100 osób dziennie. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli złożyć Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. - wg. wzoru załącznik nr 5 do SIWZ.
Odwołujący podniósł, że Wykonawca WAGAMO zaniechał złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie usług. Do oferty dołączono kserokopie faktur (str. 6 i 7 oferty), które nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy. Faktura w żadnym swoim elemencie nie potwierdza należytego wykonania usług, a tylko dokonanie sprzedaży.

Kolejnym warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż: 800 000 złotych. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.
W ofercie firmy WAGAMO została złożona polisa OC obejmująca ubezpieczenie w zakresie działalności określonej kodem PKD 47.11 -„sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizowanych sklepach z przewagą żywności, napojów i wyrobów tytoniowych".
Odwołujący podniósł, że ubezpieczenie takie nie obejmuje działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa żywienia pacjentów szpitala polegająca przygotowywaniu i dostarczaniu posiłków (catering). Działalność taką opisuje kod PKD 56.21.Z - „Przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (katering)". Odwołujący zauważył, że według informacji dostępnych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej wykonawca WAGAMO w ogóle nie prowadzi tego typu działalności, w związku z czym jej polisa OC tym bardziej nie jest związana z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty firmy WAGAMO Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz posiadania polisy OC. W razie nieuzupełnienia dokumentów wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta uznana za odrzuconą.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że Wykonawca WAGAMO nie wniósł wadium w formie umożliwiającej Zamawiającemu jego wypłatę. Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium została złożona w formie kserokopii, natomiast zgodnie z postanowieniami rozdziału VIII SIWZ do oferty miał być dołączony oryginał gwarancji.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Aspen Res sp. z o.o. Izba uznała przystąpienie za skuteczne.
Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ ceną realizacji zamówienia była kwota brutto za 3 lata świadczenia usługi żywienia 180 pacjentów. Bezspornym pomiędzy stronami był fakt, że Zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o ostatnią pozycję tabeli łączna cena brutto, która obejmowała wartość usługi żywienia 180 pacjentów przez okres 3 lat. Wykonawca ASPEN Res sp. z o.o. określił tę kwotę i cena w tym zakresie nie była wyjaśniana ani zmieniana. Omyłka dotyczyła elementów składowych ceny i nie miała znaczenia dla ustalenia obliczenia ceny. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty zapytał Wykonawcę, czy podana przez niego w pierwszej kolumnie tabeli cena 2818,80zł dotyczy jednego pacjenta, czy jest to już cena będąca iloczynem ceny jednostkowej i wskazanej w SIWZ ilości pacjentów. Powyższe dowodzi, że Zamawiający wyjaśnił z wykonawcą pierwszą pozycję tabeli, miejsce przeprowadzenia działania arytmetycznego, nie zaś ostatecznie zaoferowaną cenę. W świetle powyższego nie można uznać, że Zamawiający dokonywał negocjacji zaoferowanej ceny z Wykonawcą. W ocenie Izby Zamawiający przeprowadził

czynność wyjaśnienia miejsca przeprowadzenia działania arytmetycznego. Z tego też względu Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut Odwołującego, iż Wykonawca WAGAMO nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu – posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający, w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku, wymagał wykazania wykonania lub wykonywania jednej usługi polegającej na żywieniu zbiorowym co najmniej 100 osób dziennie. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli złożyć Wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca WAGAMO przedstawił wykaz, w którym wskazał dwie usługi polegające na żywieniu zbiorowym. Izba ustaliła, iż w dniu 17 kwietnia 2012 roku do Zamawiającego wpłynęły referencje od Zamawiającego Towarzystwo Miłośników Twierdzy Boyen w Giżycku potwierdzające, że usługa świadczona na rzecz ww. Zamawiającego została wykonana należycie. Fakt, że Odwołujący nie zapoznał się z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów i uzupełnionymi dokumentami w postaci referencji, nie oznacza, że wykonawca WAGAMO tych dokumentów nie złożył. W związku z powyższym Izba uznała, że wykonawca WAGAMO spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w SIWZ.

Ponadto Zmawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy oświadczył, że Wykonawca WAGAMO dostarczył oryginał gwarancji wadialnej, kopię gwarancji załączył do oferty, co w ocenie Zamawiającego jest powszechną praktyką. Oryginał gwarancji jest przechowywany przez Zamawiającego w specjalnej kasecie, podczas gdy kserokopia znajduje się w dostępnych dla wszystkich dokumentach. Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca WAGAMO nie zabezpieczył złożonej oferty wadium. Odwołujący nie wykazał, aby twierdzenie Zamawiającego było nieprawdziwe. Fakt, że Wykonawca WAGAMO złożył kopię gwarancji wadialnej do oferty, nie oznacza, że nie przedstawił także Zamawiającemu oryginału takiej gwarancji.
Izba uznała, że uzasadniony jest zarzut Odwołującego, iż Wykonawca Wagamo zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT dla pozycji kuchnia mleczna. Błąd polegał na zastosowaniu stawki VAT 23 % w miejsce obniżonej stawki 8 %. Należy podkreślić, że przedmiotem zamówienia nie jest sprzedaż produktów, ale usługa cateringowa, przygotowania i żywienia pacjentów. Wykonawcy świadczyć mieli usługę gastronomiczną w oparciu o artykuły spożywcze przez siebie zakupione. Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 roku w sprawie wykonania

niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług stawkę podatku obniża się do wysokości 8% dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia. W pozycji 7 ww. załącznika jako opodatkowane stawką podatku 8 % zostały wymienione usługi związane z wyżywieniem. Stawka 8% podatku VAT jest właściwa dla usług związanych z wyżywieniem, w ramach których przygotowywane są, a następnie sprzedawane produkty mleczne – mieszanki, co potwierdza także przedstawiona przez Odwołującego interpretacja indywidualna. Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i w trakcie rozprawy nie przedstawił dowodu przeciwnego. Uznał, że zastosowana przez wykonawcę Aspen Res sp. z o.o. stawka podatku VAT w wysokości 8 % i tym samym także oferta tego wykonawcy jest prawidłowa. Przyznał także, że nie dokonywał badania i oceny stawki w ofercie Wagamo. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty.

Izba uznała także za uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący braku potwierdzenia przez Wykonawcę WAGAMO warunku udziału w postępowaniu wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z treścią SIWZ na potwierdzenie spełnienia tego warunku Wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca WAGAMO przedstawił polisę OC, w której został wskazany przedmiot ubezpieczenia określony kodem 47.11, tj. sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizowanych sklepach z przewagą żywności, napojów i wyrobów tytoniowych. Należy zauważyć, iż ubezpieczeniem objęte jest prowadzenie przez ubezpieczonego działalności określonej w umowie ubezpieczenia. Jak wynika z przedstawionego przez (pytania wraz z Odwołującego dokumentu Odwołującego odpowiedziami Brokera ubezpieczeniowego), ubezpieczenie obejmuje działalność przyjętą do ubezpieczenia i potwierdzoną polisą, tj. zgodnie z informacją, jaka widnieje w poz. „przy działalności ubezpieczeniowej”. Przedmiot ubezpieczenia wskazany w treści polisy OC przedstawionej w ofercie Wykonawcy WAGAMO nie odpowiada zakresowi przedmiotu zamówienia, jakim jest usługa żywienia pacjentów szpitala. Z tego też względu Izba uznała, iż przedstawiona polisa nie odpowiada postanowieniom treści SIWZ, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż brak jest informacji w wykazie Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, aby wykonawca Wagamo prowadził działalność zgodną z przedmiotem niniejszego zamówienia, co dodatkowo potwierdza fakt, że polisa OC przedstawiona przez Wykonawcę

WAGAMO nie jest związana z przedmiotem niniejszego zamówienia, a jako taka nie

odpowiada wymaganiom SIWZ.
Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. W związku z powyższymi ustaleniami Izby co do zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy WAGAMO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy uznać, iż dokument ubezpieczenia, potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej nie podlega uzupełnieniu.

Pomimo, że potwierdziły się dwa z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego względem oferty Wykonawcy WAGAMO, Izba w oparciu o art. 192 ust.2 ustawy Pzp oddaliła odwołanie, z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie co do zarzutów oferty Wykonawcy Wagamo nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty, stanowiący wynik niniejszego postępowania. Nie potwierdził się bowiem zarzut wobec oferty Wykonawcy Aspen Res sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zwrot kosztów strony w zakresie zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu z uwagi na brak przedstawionego rachunku. Zgodnie z § 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na rozprawę, wynagrodzenie pełnomocników. Do czasu zamknięcia rozprawy pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał w formie rachunku kosztów zastępstwa procesowego. Nie przedstawiono także opisu jakiej trasy dotyczył przejazd.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……