Sygn. akt: KIO 740/22

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA we Wrocławiu, ul. Ołbińska 32, 50-233 Wrocław

przy udziale wykonawcy Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Modernbud Ł. Z. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Impel Catering Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Impel Catering Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 4 430 zł 55 gr (słownie: cztery tysiące czterysta trzydzieści złotych pięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Impel Catering Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 740/22

(dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów SPZOZ MSWiA we Wrocławiu w formie cateringu w okresie 24 miesięcy”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2022 r. pod pozycją 2022/BZP 00051307/01.

W dniu 15 marca 2021 r. wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętej przez Zamawiającego:

1) wyboru oferty wykonawcy MODERNBUD Ł. Z. (dalej: MODERNBUD”) jako oferty najkorzystniejszej;

2) zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;

3) zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił dowodów uzasadniających podaną

w ofercie cenę i koszt.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą mimo, że wybrany wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt,

a ponadto przedstawione przez niego wyjaśnienia są niepełne i nie uwzględniają wszystkich okoliczności i kosztów wykonania zamówienia wynikających z SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą;

3) art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) uchylenia wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty wykonawcy MODERNBUD jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

4) wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący stwierdził, że wybór jako najkorzystniejszej oferty MODERNBUD został dokonany sprzecznie z przepisami ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, oferta wybranego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia i kalkulacja przedstawione przez MODERNBUD w dniu 9 marca 2022 r. nie zawierają dowodów. Jak zauważył Odwołujący, kalkulacja sporządzona przez MODERNBUD jest oświadczeniem własnym wykonawcy, wyliczenia i dane podane w kalkulacji nie zostały potwierdzone żadnym dowodem. Tym samym, w

ocenie Odwołującego, oświadczenia MODERNBUD co do wyceny poszczególnych kosztów wykonania zamówienia mają charakter gołosłowny. Wybrany wykonawca, wbrew wezwaniu Zamawiającego i wymogom art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie przestawił dowodów na złożone przez siebie oświadczenia, a tym samym nie podołał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący, MODERNBUD w przedstawionej kalkulacji powołuje się na dostępne swojemu przedsiębiorstwu rozwiązania. MODERNBUD podał ceny produktów spożywczych oraz wysokość innych kosztów związanych z realizacją zamówienia, w tym. min. wydatki na transport i media. Odwołujący stwierdził, że wysokość ww. cen i kosztów nie została w żaden sposób udowodniona przez ww. wykonawcę. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, MODERNBUD nie wykazał, że posiada dostęp do produktów spożywczych

i surowców w cenach, które przyjął do obliczenia ceny ofertowej.

W zakresie dotyczącym kosztów transportu i mediów - Odwołujący wskazał, że kalkulacja wybranego wykonawcy zawiera oświadczenie, że koszy te zostały ustalone na podstawie obecnych kosztów tego wykonawcy z okresu ostatnich trzech (3) i sześciu (6).

MODERNBUD założył, że ww. koszty będą stanowiły określony współczynnik procentowy tychże kosztów. W przekonaniu Odwołującego, wykonawca ten nie udowodnił jednak, że posiada jakiekolwiek zamówienia, które mogłyby wpływać na ww. koszty. Odwołujący podniósł, że MODERNBUD nie wykazał dlaczego uważa, że np. koszt transportu będzie stanowił 10% średnich kosztów z ostatnich sześciu (6) miesięcy. Odpowiednio dla kosztu mediów. W ww. wyjaśnieniach i kalkulacji nie zostały podane jednoznaczne, rzetelnie i sprawdzalne informacje, które potwierdzają, że założenie (kalkulacja) wybranego wykonawcy jest zasadne. W ocenie Odwołującego, nie sposób również ocenić, czy ww. wartość (10%) jest zagwarantowana przez cały okres realizacji zamówienia, czy też jest to wyłącznie założenie ww. wykonawcy. Wykonawca nie wykazał bowiem, że skala prowadzonej przez niego działalności oraz warunki wykonywania tej działalności potwierdzają przyjęte w kalkulacji wskaźniki ekonomiczne. Wyjaśnienia nie zawierają żadnej informacji, że wybrany wykonawca związany jest z innymi kontrahentami długoterminowymi kontraktami, brak także innych danych, które uzasadniałyby ww. założenie.

Odwołujący zaznaczył również, że kalkulacja sporządzona została w oparciu o uśrednione ceny i koszty. Wybrany wykonawca wprost oświadczył, że kalkulacja dotyczy uśrednionych kosztów. Tymczasem, jak zaznaczył Odwołujący, w zakresie cen transportu i mediów nie zostały wykazane dokumenty źródłowe potwierdzające wydatki na ww. koszty. Tak samo w przypadku produktów spożywczych.

Wobec powyższego, Odwołujący wskazał, że „wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać, dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Podkreślić przy tym trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie
w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 p.z.p., gdzie jednoznacznie wskazano, iż "zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych", a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 p.z.p., wskazujący na konieczność odrzucenia oferty "jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu". Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Przedstawienie dowodów jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny." (wyrok KIO z dnia 13 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1679/21).

Odwołujący zaznaczył również, że „celem postępowania wyjaśniającego sposób

kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. oraz złożenie wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu." (wyrok KIO z dnia 7 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1462/21 i KIO 1481/21).

Wobec powyższego, Odwołujący podniósł, że MODERNBUD nie podołał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest ceną rażącą niską, nie przedstawił dowodów potwierdzających możliwość wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie i tym samym przedstawił wyjaśnienia, które nie usuwają wątpliwości wskazanych w art. 224 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez wybranego wykonawcę są jego własnym oświadczeniem, a z uwagi na fakt, iż nie zostało ono potwierdzone dowodami, jest niewystarczające, aby oddalić podejrzenia o rażąco niską cenę. Zdaniem Odwołującego, MODERNBUD nie podołał obowiązkowi, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto z uwagi na fakt, że wraz z wyjaśnieniami nie zostały przez MODERNBUD Ł. Z. przedstawione dowody potwierdzające wysokość cen i kosztów przyjętych do kalkulacji, to w przekonaniu Odwołującego, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że cena zaoferowana przez MODERNBUD Ł. Z. stanowi rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że kalkulacja przedstawiona przez MODERNBUD potwierdza, że w cenie ofertowej nie zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia wynikające z SWZ oraz typowe dla działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług żywienia.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ pkt 5:

5.23 Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia odpowiedniej liczby naczyń, sztućców, narzędzi i wszelkiego innego sprzętu niezbędnego do prawidłowej realizacji usługi od dnia rozpoczęcia realizacji umowy i przez cały okres jej trwania. Wszystkie naczynia, pojemniki (w tym także opakowania zbiorcze) muszą posiadać stosowne certyfikaty, atesty lub deklaracje zgodności.

5.24 Dystrybucja napojów (kawa, herbata, kompot) powinna odbywać się przy pomocy termosów z kranikiem.

5.25 Wykonawca zobowiązany jest do odrębnego pakowania i transportu posiłków z podziałem na poszczególne diety oraz odpowiedniego oznakowania pojemników z posiłkami. Pojemniki jednostkowe muszą zawierać następujące informacje: nazwa potrawy, ilość porcji, rodzaj diety.

5.26 Diety specjalne Wykonawca będzie dostarczał w oddzielnych pojemnikach.

5.27 Wykonawca zapewni pojemniki dla chorych (kubek z dzióbkiem i pokrywką), w ilości min. 20 sztuk łącznie do każdego posiłku, na cały czas trwania umowy.

5.28 Wykonawca zobowiązany jest do dostawy naczyń oraz sztućców także dla II śniadań oraz podwieczorków, jeśli wynika to ze specyfiki diety.

5.29 Wykonawca zobowiązany jest do odebrania, pojemników, brudnych naczyń, sztućców, porcjometrów itp. w celu poddania ich procesowi mycia i wyparzania oraz pojemników

z odpadami pokonsumpcyjnymi po każdym posiłku, w tym po kolacji, by odpadki nie pozostawały na noc.

5.30 Wszelkie koszty związane z eksploatacją, zużyciem, konserwacją i wymianą sprzętu niezbędnego do realizacji umowy ponosi wyłącznie Wykonawca.

5.31 Wszelkie koszty związane z procesem mycia i wyparzania brudnych naczyń i sztućców oraz z postępowaniem z odpadami pokonsumpcyjnymi leżą po stronie

Wykonawcy.

5.32 Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego dostarczy posiłki w opakowaniach jednorazowych zgrzewczych.

Odwołujący podniósł, że MODERNBUD nie uwzględnił w kalkulacji cenowej jednorazowego kosztu lub amortyzacji naczyń i sprzętu, którego dostarczenia wymaga Zamawiający zgodnie z SWZ, tj. nie uwzględnił amortyzacji w wysokości ok. 500 zł miesięcznie lub jednorazowego kosztu elementów zastawy obiadowej i innego sprzętu w wysokości ok.

12 000 zł w czasie realizacji kontraktu zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ pkt 5 ppkt 5.23 i 5.24.

Odwołujący stwierdził, że koszty realizacji zadań wskazanych w Załączniku nr 3 pkt 5 ppkt 5.25 - 5.32 SWZ nie zostały w ogóle uwzględnione w kalkulacji MODERNBUD. Odwołujący podał, że zgodnie z obowiązującymi cenami rynkowymi, koszty wykonania ww. zadań kształtują się na poziome:

1) dla naczyń jednorazowych - minimum 300 zł. brutto miesięcznie;

2) dla środków czystości (Zamawiający wymaga zmywania naczyń) - minimum 300 zł brutto miesięcznie;

3) dla utylizacji odpadów (utylizacja resztek pokonsumpcyjnych oraz odpadów wytworzonych z związku z realizacją zamówienia obciąża wykonawcę) - minimum 700 zł brutto miesięcznie.

Odwołujący zaznaczył ponadto, że MODERNBUD w swojej kalkulacji jedynie częściowo uwzględnił koszty transportu, podczas gdy powinny zostać uwzględnione co

najmniej:

1) koszt samochodu (amortyzacja lub leasing);

2) paliwo - biorąc pod uwagę, że odległość kuchni wybranego wykonawcy od siedziby Zamawiającego wynosi 5,5 km, to wartość ww. kosztów powinna zostać uwzględniona z uwzględnieniem: 5,5 km x 2 (dojazd z kuchni do Zamawiającego i powrót) = 11 km. Realizacja zamówienia wymaga trzech transportów dziennie, skutkiem czego dzienna ilość kilometrów pokonywanych z kuchni do Zamawiającego i z powrotem wynosi 33 km. (11 km x

3) . Wartość miesięczna dojazdów wynosi 1006 km. W całym okresie realizacji zamówienia wartość ta wynosi 24 156 km..

Przyjmując, że cena paliwa dla przedsiębiorcy w okresie składania ofert wynosiła: 5,60 zł, to wartość ww. kosztu wynosi 13 527,36 zł przy uwzględnieniu współczynnika spalania przez samochód dostawczy w ruchu miejskim, wynoszący średnio 10l/100km.

3) naprawy samochodu oraz koszt jego bieżącej eksploatacji (przeglądy, wymiany płynów; koszt wymiany części np. wycieraczki, lampy, opony; myjnia);

4) koszt pracy kierowcy - koszt powinien zostać obliczony przy uwzględnieniu wymagań SWZ tj.:

dostępności kierowcy na potrzeby związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Realizacja zadań kontraktowych wymaga dostępności kierowcy przez minimum 3 godziny

dziennie, tj. 91 godzin miesięcznie, co stanowi 2196 godzin w ciągu 24 miesięcy wykonywania zamówienia. Ustalenie kosztów pracy kierowcy wymaga pomnożenia ww. ilości godzin przez minimalną stawkę wynagrodzenia dla umowy cywilnoprawnej - 19,70 zł. W wyniku dokonanego działania koszt ten wynosi 43 261,20 zł w całym okresie realizacji umowy.

Odwołujący wskazał, że MODERNBUD w swojej kalkulacji w zakresie wydatków na transport podał, że koszt ten wynosi 284 zł brutto miesięcznie, co w okresie całej realizacji umowy wynosi 8 400 zł. Zdaniem Odwołującego, kwota ta jest niewystarczająca na pokrycie kosztów zatrudnienia kierowcy. Koszt zatrudnienia kierowcy nie został wyodrębniony w innej pozycji kalkulacji wybranego wykonawcy. Dodatkowo, koszt ten nie pokrywa wydatków na paliwo. Odwołujący zaznaczył, że wybrany wykonawca nie udowodnił, aby ww. koszt mógł być w jakikolwiek sposób obniżony.

Odwołujący zauważył ponadto, że kalkulacja MODERNBUD nie zawiera żadnej informacji o sposobie finansowania wydatków na:

1) zastępstwa urlopowe i chorobowe;

2) wyposażenie pracowników w odzież roboczą;

3) badania osób realizujących zamówienia, tj. badania wymagane kodeksem pracy lub badania wykonywane zgodnie z wymogami SANEPID;

4) czynsze najemne kuchni lub podatki od nieruchomości dotyczące kuchni;

5) koszty bieżącego utrzymania kuchni (koszty bieżących napraw i utrzymania kuchni w stanie odpowiadającym wymogom SANEPID; koszty utrzymania czystości, koszty obowiązkowej deratyzacji; koszty przeglądów technicznych kuchni);

6) ubezpieczenie wymagane zgodnie z Załącznik nr 3 do SWZ pkt 2.8;

7) obsługi administracyjnej i inne koszty ogólnozakładowe (np. wydatki związane z obsługą kadrowo - płacową osób realizujących zamówienie).

Powyższe wydatki, jak zaznaczył Odwołujący, są typowymi wydatkami ponoszony przez przedsiębiorcę świadczącego usługi gastronomiczne.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podniósł, że oferta MODERNBUD nie zawiera danych pozwalających przyjąć, że ww. wykonawca uwzględnił wszystkie koszty niezbędne do obliczenia ceny ofertowej. Ponadto, złożone wyjaśniania i kalkulacja nie potwierdzają, że cena jest obliczona prawidłowo ze względu na brak dowodów dotyczących założeń kosztowych wskazanych w kalkulacji, brak też informacji o szczególnych warunkach realizacji zamówienia przez MODERNBUD lub innych okolicznościach mogących wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez MODERNBUD nie pokrywa w pełni kosztów wykonania zamówienia wykazanych w kalkulacji, tj. kosztu transportu a nadto w ogóle nie uwzględnia niektórych kosztów realizacji wynikających z SWZ oraz innych typowych kosztów realizacji zamówień odpowiadających przedmiotowi zamówienia. W ocenie Odwołującego, kalkulacja MODERNBUD dowodzi, że obliczając cenę ofertową nie uwzględnił wszystkich kosztów wykonania zamówienia, a niektóre z kosztów zaniżył. Skutkiem powyższego, wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena jest skalkulowana prawidłowo i nie jest ceną rażąco niską.

Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez MODERNBUD jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż odbiega od jego rzeczywistej wartości zamówienia i nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wybranemu wykonawcy bez strat finansowych wykonać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący stwierdził, że cena ofertowa MODERNBUD jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia i jak dowodzi kalkulacja ww. wykonawcy, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Tym samym, jest to cena rażąco niska.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron

i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą mimo, że wykonawca MODERNBUD na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt, a ponadto przedstawione przez niego wyjaśnienia są niepełne i nie uwzględniają wszystkich okoliczności i kosztów wykonania zamówienia wynikających z SWZ.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1 527 790 zł, co stanowi równowartość 343 046,07 euro.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

- Odwołujący - 1 553 119,15 zł,
- Jak Jeść Sp. z o.o. - 2 279 623,50 zł,
- MODERNBUD - 1 466 276,35 zł.

Pismem z dnia 7 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę MODERNBUD na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów m.in. szczegółowej kalkulacji planowanych kosztów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca MODERNBUD w piśmie z dnia 9 marca 2022 r. oświadczył, że zaoferowana cena uwzględnia wykaz produktów (dla jednej dekady) wraz z kosztem wsadu do kotła, a także koszty zatrudnienia pracowników, opłaty za transport i media - za cały okres realizacji usługi zgodnej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca MODERNBUD zauważył, że podana cena stanowi prawie 90% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jest niższa o niecałe 6% od drugiej najkorzystniejszej oferty. Wykonawca zapewnił, że usługa będzie wykonana z należytą starannością oraz zgodnie z przedmiotem zamówienia, jak i obowiązującymi przepisami dotyczącymi świadczenia usług wyżywienia, w ramach ceny zaproponowanej w złożonej ofercie. Do ww. pisma wykonawca MODERNBUD załączył kalkulację kosztów.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba przychyliła się do poglądu ugruntowanego w orzecznictwie, że oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących zaoferowanej ceny należy dokonywać w świetle treści wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Zgodnie z tym poglądem, jeżeli wezwanie do wyjaśnień miało ogólnych charakter, nie wskazywało elementów zamówienia, których wycena budziła wątpliwości zamawiającego, brak jest podstaw do obciążania wykonawcy skutkami złożenia wyjaśnień o poziomie szczegółowości właściwym według uznania wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wezwanie wystosowane przez Zamawiającego, miało ogólnych charakter, oparte zostało o treść przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał składników ceny, które budziły jego szczególną wątpliwość, nie wyodrębnił elementów przedmiotu zamówienia, na które wykonawca powinien zwrócić szczególną uwagę. Z tego względu należy przyjąć, że wykonawca MODERNBUD składając wyjaśnienia był uprawniony do ujęcia kalkulacji ceny na takim poziomie szczegółowości, który w jego ocenie najlepiej odzwierciedlał sposób obliczenia ceny, miał prawo skupić się na tych elementach składowych ceny, które zdaniem wykonawcy są najistotniejsze.

Wykonawca MODERNBUD pokazał Zamawiającemu w załączonej do wyjaśnień kalkulacji, w jaki sposób obliczył koszt wsadu do kotła na podstawie 10-dniowego jadłospisu. Średni koszt wyżywienia dziennego wyniósł 16,17 zł. Przykładowy jadłospis został opracowany przez specjalistę do spraw dietetyki. Wykonawca MODERNBUD przedstawił również Zamawiającemu zaoferowaną cenę w rozbiciu na przychody ze sprzedaży, koszty działalności operacyjnej, wsad do kotła, koszty pracownicze, transport i media. Wykonawca wskazał też zakładany zysk.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że złożone przez MODERNBUD wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest nierealna, skalkulowana poniżej kosztów świadczenia usługi. Z uwagi na okoliczność, że cena zaoferowana przez kolejnego w rankingu ofert wykonawcę była wyższa zaledwie o 6% od ceny MODERBUD, brak jest również podstaw do twierdzenia, że cena ta odbiega od realiów rynkowych.

Izba miała także na względzie okoliczność, że w toku rozprawy wykonawca MODERNBUD złożył dowody potwierdzające, że wydaje ponad 500 posiłków dziennie, co niewątpliwie pozwala na rozłożenie kosztów prowadzenia działalności na poszczególne zamówienia. MODERNBUD wskazał również, że miejsce realizacji przedmiotu zamówienia znajduje się na trasie, którą codziennie pokonuje, a co ma wpływ na obniżenie kosztów transportu.

Izba zgadza się z poglądem, że wszelkie dowody potwierdzające realność zaoferowanej ceny wykonawca powinien złożyć zamawiającemu na etapie składania wyjaśnień. Mając jednak na uwadze ogólną treść wezwania, Izba stwierdziła, że dopuszczalne jest przedstawianie w toku rozprawy dowodów potwierdzających rzetelność wcześniej złożonej kalkulacji. Na ich złożenie pozwala przepis art. 537 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, poziom szczegółowości wyjaśnień MODERNBUD nie uchybiał przepisom ustawy Pzp, nie pozwalał na stwierdzenie, że zaoferowana cena nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Izba stwierdziła, że obciążanie wykonawcy skutkami zbyt ogólnego wezwania do wyjaśnień, stanowiłoby

naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę zakres informacji, jakie złożył MODERNBUD w kontekście zakresu wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, brak było podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Izba zwraca uwagę, iż czynność odrzucenia oferty jest czynnością o dużym stopniu dolegliwości dla wykonawcy, gdyż eliminuje go z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty winien dokładnie zbadać czy istnieją ku temu podstawy.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Tym samym, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o.

Przewodniczący: