Sygn. akt: KIO 1161/16

WYROK
z dnia 19 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2016 r. przez **wykonawcę: GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Wałbrzych – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Wałbrzychu**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania;
   2) zasądza od **wykonawcy: GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **Zamawiającego: Gminy Wałbrzych – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Wałbrzychu** kwotę **2 000 zł 00 gr.** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1161/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wałbrzych – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Wałbrzychu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dożywianie dzieci w szkołach przez MOPS w Wałbrzychu.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 maja 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu13 maja 2016 r. pod numerem 2016/S 092-165177.

Wykonawca GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej „Odwołującym") w dniu 30 czerwca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec uznania oferty wykonawcy: Rudex A. F. za najkorzystniejszą oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp za niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania oraz oceny złożonych ofert, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Rudex A. F., nakazanie Zamawiającemu uznania, iż oferta złożona przez Odwołującego w toku postępowania jest ofertą najkorzystniejszą, zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Rudex A. F. z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Rudex A. F. jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 czerwca 2016 r.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2016 r.) wykonawcy: A. F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Rudex A. F., z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę: A. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Rudex A. F. przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Dożywianie *dzieci w szkołach przez MOPS w Wałbrzychu.”.*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. Rudex A. F. z siedzibą w Szczawnie-Zdroju – cena całkowita: 1.630.171,20 zł;

---

2. GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie – cena całkowita: 1.480.113,60 zł, oferta odrzucona.

/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty wykonawcy GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 20 czerwca 2016 r. /.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. wezwał wykonawcę GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie do złożenia wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wraz z przedstawionymi dowodami powinny uwzględniać wszelkie elementy cenotwórcze oferty zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w szczególności:
1. koszty związane z przygotowaniem posiłków,
2. koszty produktów żywnościowych,
3. opłaty z tytułu należnych podatków,
4. koszty pracy (koszty wynagrodzeń wraz z pochodnymi od wynagrodzeń),
5. koszty związane z transportem posiłków,
6. zysk

Zamawiający wskazał, iż w toku oceny złożonych wyjaśnień weźmie pod uwagę wszystkie czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, w szczególności oszczędność metody wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, itp. oraz inne czynniki wpływające na wysokość oferty, które zostaną wskazane przez wykonawcę, jeśli są one zgodne z prawem i nie zakłócają uczciwej konkurencji. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Ponadto wyjaśnienia powinny zawierać przedstawienie kosztów jednego posiłku jak i koszty dzienne związane z realizacją przedmiotu zamówienia.
/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2016 r. /.

Odwołujący pismem z dnia 9 czerwca 2016 r. udzielił Zamawiającemu informacji, wyjaśniając, iż: następujące czynniki decydowały o zaproponowaniu przez nas bardzo konkurencyjnej ceny oferowanej usługi:
1.dobry i zaangażowany personel, sprawdzony przy realizacji obecnej umowy na „Dożywianie dzieci, w szkołach przez MOPS w Wałbrzychu",
2. lokalizacja kuchni produkującej posiłki w Gminnym Zespole Szkół nr 2 przy ul 11 Listopada 75 w Wałbrzychu , w której wydawane są posiłki stanowiące znaczną część przedmiotu umowy,

---

3 . położenie kuchni w Wałbrzychu w centralnym punkcie terenu objętego dystrybucją obiadów,
4. zakup towarów produkcyjnych bezpośrednio u producentów u których z racji długiej współpracy firma „Gramar" ma do cen hurtowych wysokie 35% do 45% rabaty,
5. Firma „Gramar" jest także dystrybutorem regionalnym naczyń i sztućców jednorazowych oraz profesjonalnych środków czystości i w związku z tym posiada bardzo konkurencyjne ceny na te produkty z rabatami do 45%,
6. brak konieczności doposażenia kuchni, zakupu sprzętu kateringowego i samochodów transportowych. Odwołujący posiada całość wyposażenia niezbędnego do realizacji przedmiotu umowy,
7. realizacja z jednej kuchni dożywiania objętego innymi umowami co ma decydujący wpływ na obniżenie kosztów stałych i zmiennych na jeden posiłek nawet o 24%.
Odwołujący poinformował, że przy określeniu oferty cenowej w postępowaniu pn: „Dożywianie dzieci w szkołach przez MOPS w Wałbrzychu" kierował się następującymi kalkulacjami:
Planowane przychody : 1 480 113,60 zł
Planowane koszty:
1. Koszty związane z przygotowaniem produkcji 74 160, 40 zł
2. Koszty produktów żywnościowych z uwzględnieniem rabatów 931 039,20 zł
3. Opłaty z tytułu należności i podatków 117 493,92 zł
4. Koszty pracy (koszty wynagrodzeń wraz z pochodnymi od wynagrodzeń 291 523,20 zł
5. Koszty transportu posiłków 20 342,40 zł
Planowany zysk 3,1 % 45 564,48 zł
/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 9 czerwca 2016 r./.

Zamawiający w dniu 20 czerwca 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy: Rudex A. F. z siedzibą w Szczawnie-Zdroju oraz odrzucił ofertę

wykonawcy GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko, wskazał, iż w toku badania ofert Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać przedstawienie kosztów jednego posiłku, jak i koszty dzienne związane z realizacją zamówienia, a także uwzględnić (wraz z dowodami) wszelkie elementy cenotwórcze. Zamawiający wyznaczył wykonawcy siedmiodniowy termin na złożenie przedmiotowych wyjaśnień. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, przedstawił w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego informację dot. w/w żądania. Pomimo wyraźnego żądania

Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy zostały przygotowane w sposób bardzo ogólny. Wykonawca nie przedstawił kosztów jednego posiłku, ani kosztów dziennych. Ponadto wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swojego oświadczenia. W ramach wyjaśnień, jako czynnik mający wpływ na wysokość ceny wykonawca wskazał lokalizację kuchni produkującej posiłki w Gminnym Zespole Szkół Nr 2 przy ul. 11 Listopada 75 w Wałbrzychu (lokalizacja ta wg. wykonawcy stanowi centralny punkt terenu objętego dystrybucją), w której to szkole wydawana jest znaczna część przedmiotu umowy. Na potwierdzenie tych tez wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów (np. kopii umowy najmu). Ponadto należy podkreślić, że zgodnie z SIWZ, poza Gminnym Zespołem Szkół Nr 2, usługa świadczona jest jeszcze w 16 innych placówkach na terenie całego miasta. W każdej z placówek, usługę należy realizować przez 2 godziny w przedziale czasowych 11.30 - 15.00 (w uzgodnieniu z dyrekcją danej placówki). Oznacza to nie tylko konieczność dowozu posiłków do 16 placówek zlokalizowanych na terenie całego miasta, ale także konieczność zatrudnienia personelu wydającego posiłki w każdej z placówek. Powyższe wymagania, w dużej mierze ograniczają, o ile nie wykluczają możliwości wydawania posiłków przez jedną osobę w więcej niż jednej placówce. W swoich wyjaśnieniach wykonawca powołał się na możliwość zakupu towarów produkcyjnych bezpośrednio, u producentów u których z racji długiej współpracy uzyskuje rabaty w wysokości 35 - 45%. Wykonawca nie wskazał natomiast jakich towarów taka możliwość dotyczy, nie przedstawił również żadnego dowodu na potwierdzenie swojego twierdzenia np. zobowiązania (oświadczenia, umowy itd.) innej firmy potwierdzającej ten fakt. Wykonawca dodatkowo stwierdził, że w jednej kuchni realizuje również inne usługi dożywiania, co ma wpływ na obniżenie kosztów stałych za jeden posiłek nawet o 24%. Zgodnie jednak z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa jak i doktryny niedozwolonym jest podanie w ofercie ceny, która tylko częściowo uwzględnia koszty wykonania zamówienia. Zatem w ocenie Zamawiającego zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rudex A. F. z siedzibą w Szczawnie-Zdroju oraz odrzuceniu oferty wykonawcy GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 20 czerwca 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie w dniu 30 czerwca 2016 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy GRAMMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 30 czerwca 2016 r. /.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.
/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 6 lipca 2016 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

W ocenie Izby rację należy przyznać Zamawiającemu, który odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż w toku badania ofert w niniejszym postępowaniu uznał, że ceny zawarte w dwóch ofertach wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości w wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił fakt wzrostu wynagrodzenia minimalnego w roku 2015 i 2016, a także, zgodnie z dyspozycją art. 34 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnił zmiany ilościowe zamawianych usług oraz uwzględnił prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że posiłki w zamówienia muszą być ramach przedmiotowego przygotowywane zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 sierpnia 2015 roku w sprawie grup środków spożywczych przeznaczonych do sprzedaży dzieciom i młodzieży w jednostkach systemu oświaty oraz wymagań, jakie muszą spełniać środki spożywcze stosowane w ramach żywienia zbiorowego dzieci i młodzieży w tych jednostkach (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1256), co Zamawiający określił w SIWZ i projekcie umowy. Jak słusznie zauważył Zamawiający przepisy te wprowadziły szereg obostrzeń w zakresie stosowania konkretnych grup środków spożywczych w ramach żywienia zbiorowego dzieci i młodzieży, co jest czynnikiem powodującym wzrost ceny. Niniejsze rozporządzenie weszło w życie 1 września 2015 roku, a zatem obecnie realizowana przez Odwołującego umowa nie obejmowała swoim zakresem tego przepisu. Biorąc pod uwagę powyższe dane Zamawiający uznał, że wypełniona została tym samym przesłanka art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający

zażądał, by złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uwzględniały wszelkie elementy cenotwórcze w szczególności: koszty związane z przygotowaniem posiłków, koszty produktów żywnościowych, opłaty z tyt. należnych podatków, koszty pracy (wynagrodzeń wraz z pochodnymi), koszty związane z transportem posiłków oraz zysk. Zamawiający ze względu na fakt, że sposób rozliczania się określony w projekcie umowy sugeruje, że cena jednostkowa ma dla niego istotne znaczenie, zażądał również, aby wyjaśnienia zawierały przedstawienie kosztu jednego posiłku i koszty dzienne związane z realizacją zamówienia.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił pismem z dnia 9 czerwca 2016 roku (wpłynęło 13 czerwca) Nr GR/545/2016 wyjaśnienia. Odwołujący, pomimo jednoznacznego wezwania sformułowanego przez Zamawiającego skonkretyzowanego przez niego, nie przedstawił wyliczenia kosztów jednego posiłku oraz wyliczenia kosztów dziennych. Wyjaśnienia odnosiły się jedynie do kosztów całkowitych zamówienia. Biorąc pod uwagę sposób rozliczania usługi, o którym mowa powyżej, wyjaśnienia te nie były dla Zamawiającego miarodajne, z czym Izba zgodziła się uwzględniając niniejszą argumentację. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach szereg czynników, które w jego opinii miały potwierdzić, że są czynnikami obniżającymi cenę i że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący jednak nie udowodnił, że nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż Odwołujący nie wskazał w jaki realny sposób fakt takiej lokalizacji wpłynął na wysokość ceny - nie wskazał np. że kuchnia jest mu użyczona, bądź też nie wskazał okazyjnej ceny najmu, nie przedstawił także wyliczenia oszczędności w zakresie zmniejszenia kosztów paliwa na dowóz posiłków. Zamawiający wyraził także wątpliwość co do rzeczywistego dysponowania kuchnią w związku z faktem, że Odwołujący nie przedstawił na to dowodów. Zamawiający zauważył również, że Odwołujący powołał się na współpracę z bliżej nieokreślonymi producentami „towarów produkcyjnych", ma „do cen hurtowych wysokie 35% do 45% rabaty". Jednak oświadczenie takie nie zostało poparte żadnym dowodem, choćby zobowiązaniem konkretnego podmiotu do udzielenia Odwołującemu rabatu w wysokości określonej powyżej.
Analogiczna sytuacja wyglądała w zakresie oświadczenia Odwołującego nt. faktu, że jest on dystrybutorem regionalnym naczyń i sztućców jednorazowych oraz profesjonalnych środków czystości, przez co posiada na te grupy produktów bardzo konkurencyjne ceny oraz rabaty

do 45%. Na potwierdzenie takiego oświadczenia Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, takiego jak choćby umowa łącząca go z producentami powyższych towarów, ustanawiająca Odwołującego regionalnym dystrybutorem. Zatem biorąc pod uwagę w szczególności argumentację, że Odwołujący nie przedstawił wyliczenia kosztów jednego posiłku, o co był wzywany pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. zaistniały przesłanki do

odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, należało uznać, że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy Rudex A. F. nie mają wpływu na wynik niniejszego postępowania, co w konsekwencji oznacza, że nawet przy uwzględnieniu zarzutów odnoszących się do wykonawcy Rudex A. F. odwołanie będzie podlegało oddaleniu.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

……