Sygn. akt: KIO 490/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Patryk Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2024 r. przez wykonawcę **B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BARBARA KUDASZEWIC PPH,,KUDASZEWICZ"**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Dziecięcy im. prof. dr. med. J.B. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZYSZTOF MARCZEWSKI USŁUGI GASTRONOMICZNE z siedzibą w Wołominie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BARBARA KUDASZEWICZ PPH,,KUDASZEWICZ"** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BARBARA KUDASZEWICZ PPH,,KUDASZEWICZ"**, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 490/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Dziecięcy im. prof. dr. med. J.B. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. ,,Świadczenie usług przygotowania posiłków wraz z dostawą do oddziałów szpitalnych", numer sprawy: RZP-1/KS/2024.

Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.01.2024 roku pod numerem 2024/BZP 00036836-01.

W dniu 14 lutego 2024 r. wykonawca B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BARBARA KUDASZEWIC PPH,,KUDASZEWICZ" wniosła odwołanie na:

1. zaniechanie czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy oraz na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.M. , ul. Kobyłkowska 11, 105-200 Wołomin, ponieważ złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

2. niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. wybór oferty wykonawcy K.M., pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. art. 16 pkt 1) Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.M. , pomimo że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a nadto wykonawca ten nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających obniżenie ceny, a tym samym prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

2. **art. 239 ust. 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 16 pkt.1) Pzp** poprzez wybór oferty Wykonawcy , podlegającej odrzuceniu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. odrzucenie oferty Wykonawcy K.M. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8) Pzp;

3. nakazanie ujawnienia części oferty posiadającej klauzulę ,,Tajemnica przedsiębiorstwa" w wyjaśnieniach do Rażąco niskiej ceny.

4. dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,

5. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BARBARA KUDASZEWICZ PPH,,KUDASZEWICZ", Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 lutego 2024 r. (pismo z dnia 26 lutego 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZYSZTOF MARCZEWSKI USŁUGI GASTRONOMICZNE z siedzibą w Wołominie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczenia i stanowiska strony złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.M. , pomimo że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a nadto wykonawca ten nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających obniżenie ceny, a tym samym prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jest w ocenie Izby niezasadny.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego wykazywała cechy ceny rażąco niskiej. Podkreślić należy, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Nie bez znaczenia pozostaje również powołanie się przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach na posiadane doświadczenie. Należy zauważyć, że wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych usług, w tym u tego samego Zamawiającego, ma takie znaczenie, że Wykonawca wykorzystując nabytą wiedzę potrafi precyzyjnie wyszacować faktyczne koszty wykonania zamówienia.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia odnoszą się do czynników, które spowodowały obniżenie ceny oferty, a mianowicie: kuchnia produkcyjna stanowi własność Przystępującego, co powoduje brak kosztów dzierżawy pomieszczeń, nowoczesne i zmodernizowane wyposażenie kuchni, które to koszty zostały zamortyzowane (fakt ten całkowicie pomija Odwołujący), wymiana sprzętów oraz montaż paneli fotowoltaicznych powodujące obniżenie kosztów prądu o prawie 50%, zainstalowana pompa ciepła do ogrzania kuchni, duża mroźnia umożliwiająca sezonowe mrożenie warzyw i owoców, co powoduje niższe koszty zakupu produktów, posiadanie przez Przystępującego naleśnikarnię i pierogarnię przemysłową, zakupy w sklepach sieciowych, tj. w Biedronce, Makro Cash & Carry, w których Przystępujący posiada 5 % rabatu, wykorzystywanie kuchni na potrzeby realizacji posiłków dla innych klientów, co powoduje, że koszty mediów dzielone są proporcjonalnie do produkcji, samodzielne wytwarzanie potraw garmażeryjnych, co powoduje znaczne obniżenie kosztów całodziennego wyżywienia, współpraca z lokalnym dostawcą warzyw, co powoduje uzyskanie korzystnych cen, większość zadań związanych z zarządzaniem produkcją oraz logistyką dostaw dla obsługiwanych klientów Przystępujący realizuje samodzielnie jako właściciel lub przy pomocy zatrudnionych członków rodziny.
Nadto w wyjaśnieniach Przystępujący przedstawił kalkulację kosztów realizacji usługi. Przystępujący wskazał stawkę 24,00 zł oraz wartość zamówienia w wysokości 1 383 456,00 zł, które to kwoty są kwotami brutto (co wynika z formularza ofertowego), a także koszt usługi za stawkę 21,30 zł za osobodzień i koszt usługi za 12 miesięcy w wysokości 1 227 817,20 zł, na który składają się takie koszty jak: średni wsad do kotła, robocizna, urządzenia i sprzęt drobny, transport, media, materiały, inne (badania, ddd, poczta, śmieci, telefony).
Izba zważa, że Przestępujący wskazał poszczególne stawki w ramach ww. kosztów, a które to koszty nie zostały w żaden sposób zanegowane przez Odwołującego. Poza tym, patrząc przez pryzmat kosztu usługi za 12 miesięcy w wysokości 1 227 817,20 zł i wartości zamówienia w wysokości 1 383 456,00 zł, w ocenie Izby, Przystępujący osiągnie zysk w okresie 12 miesięcy, na co zwrócił uwagę również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego ani w odwołaniu, ani na rozprawie.
Izba zważa, że Odwołujący stwierdza, iż Przystępujący nie przedstawił kosztów remontów pomieszczeń kuchennych, podatku od nieruchomości, podatku dochodowego, konserwacji i przeglądów maszyn, ubezpieczeń środków transportu, środków czystości, czy zakupu i prania odzieży ochronnej itp., przy czym w ocenie Izby nie można tracić z pola widzenia faktu, iż to sam Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń, jak powinny wyglądać ww. koszty nieuwzględnione przez Przystępującego, a które potwierdzałyby, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest nierealna, za którą Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia.
Nadto Izba zważa, że Odwołujący stawia tezę, że stawka przestawiona przez Przystępującego w kalkulacji, tj. koszt usługi 21,30 zł za osobodzień, nie zawiera podatku VAT w wysokości 8%. W ocenie Izby jest to stwierdzenie zbyt daleko idące, ponieważ nie można z góry zakładać, że jeśli w tabelce kosztowej nie ma wyodrębnionej stawki VAT, to nie jest ona wliczona w zaproponowanej stawce przez Przystępującego. Poza tym, Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, który jednoznacznie stwierdzałby nieuwzględnienie stawki VAT przez Przystępującego.
Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że „odwrócony" rozkład ciężaru dowodu nie powoduje, że Odwołujący pozostaje całkowicie zwolniony z obowiązku wskazania podstaw faktycznych zarzutu i przedstawienia dowodów na ich poparcie.
Izba zważa, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 1 383 456,00 zł brutto, zaś Odwołujący za cenę 1 540 824,12 zł, co już samo to w ocenie Izby oznacza, że mamy do czynienia z ceną zbliżoną do ceny Odwołującego, a tym samym ceną rynkową. Oczywistym jest, ze cena zaproponowana przez Przystępującego jest ceną niższą od ceny zaproponowanej przez Odwołującego, ale zdaniem Izby nie oznacza to jeszcze tego, że cena zaoferowana przez Przystępującego ma charakter ceny rażąco niskiej, za którą nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia.
Izba zważa, że Zamawiający w dniu 30 stycznia 2024 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w którym wskazał na konieczność złożenia dowodów (mogą to być m.in. aktualne faktury kosztowe, kopie umów itp.) dotyczących wyliczenia ceny w szczególności zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy PZP. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w przedstawionych wyjaśnieniach należy uwzględnić np. możliwość pozyskiwania produktów spożywczych po atrakcyjnych cenach, dysponowanie sprzętem niezbędnym do realizacji usługi na dzień składania oferty, co może mieć istotny wpływ na kalkulację ceny oferty, przedstawienie rozwiązań technicznych i technologicznych mających wpływ na obniżenie kosztów energii niezbędnej do produkcji posiłków oraz innymi korzystnymi faktami mającymi wpływ na ustalenie ceny oferty, przy czym przedstawione wyjaśnienia muszą być potwierdzone dokumentami.
W wyniku powyższego wezwania, Przystępujący w dniu 2 lutego 2024 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci załączników (Repertorium 9020/2006, Decyzja nr 627/2007, Decyzja HŻ-6103/0-46/870/08, Faktury od dostawców, Tabele wyliczeń cen surowców i produktów), które to załączniki zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.
W pierwszej kolejności, Izba zważa, że Zamawiający w dniu 13 lutego 2024 r. dokonał odtajnienia treści załączników zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i tego samego dnia zostały one przekazane Odwołującemu.

Izba zważa, że Odwołujący, mimo otrzymania załączników, kwestionuje w odwołaniu, że Zamawiający „nie dokonał właściwej analizy zasadności utajniania załączonych dokumentów", wskazując także, że: „pozycje z listy załączników nr 1,2,3 Repertorium i dwie decyzje także wzbudzają wątpliwości co do tajności tych dokumentów".

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba zważa, że Odwołujący, w ramach braku zasadności utrzymania przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do dokumentów załączonych przez Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie podniósł zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że Izba jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, a nie żądaniami Odwołującego, jak również co istotne, że zarzuty powinny być skorelowane z żądaniami, a czego w ocenie Izby zabrakło w ramach powyższego zarzutu. Z tego też względu wszelkie dywagacje Odwołującego w powyższym zakresie nie mogły być brane pod uwagę przez Izbę.

To samo dotyczy braku podniesienia przez Odwołującego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do tego, iż zaoferowana cena przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że ceny podane w formularzu ofertowym przez Przystępującego są cenami poniżej kosztów ich wytworzenia, czy też, że celem działania Przystępującego jest eliminacja innych wykonawców w postępowaniu, w tym Odwołującego. Poza tym Izba nie znajduje podstaw do uznania, że pomoc rodzinna ma stanowić o czynie nieuczciwej konkurencji.

Nadto Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego, że: „Ceny podane jako przykładowe zakupu mrożonej papryki zimą są absolutnie oderwane od rzeczywistości. Na rynku dostępne są owoce i warzywa mrożone w cenach bardzo zbliżonych do tych z okresu letniego (...) Mrożenie warzyw powinno odbywać się w specjalnych tunelach mroźniczych (...)" są w ocenie Izby twierdzeniami gołosłownymi, nie popartymi żadnymi dowodami.

Niezależnie od powyższego, Izba chciałaby podkreślić, iż nie jest tak, jak sugeruje Odwołujący w odwołaniu, że na każdą okoliczność wskazaną przez Przystępującego w wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny powinien złożyć dowód, wskazując między innymi, że Przystępujący: „nie przedstawił tytułu własności na kuchnię z której korzysta", „nie przedstawił faktur zakupu nowoczesnego, zainstalowanego w zmodernizowanej kuchni sprzętu", „ nie udokumentował montażu paneli i pompy ciepła", „nie przedstawił faktur za prąd, gaz, wodę, ścieki, wywóz nieczystości, utylizację resztek pokonsumpcyjnych", czy też koszty remontu i uruchomienia dodatkowego ujęcia wody w pomieszczeniu kuchni w związku z nadzorem sanitarnym.

Zdaniem Izby Przystępujący może przedstawiać takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają zaoferowaną cenę, a nie takie, jak chciałby widzieć to Odwołujący. Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż: „wykonawca ten nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających obniżenie ceny", zwłaszcza, że Przystępujący złożył m.in. dowody w postaci faktur od dostawców, np. Makro Cash & Carry, Gospodarstwo Rolne Kamil Rączkowski, dowody wewnętrzne zakupu warzyw i owoców.

Całkowicie nie zrozumiałe dla Izby jest również stwierdzenie Odwołującego, że: „działanie Zamawiającego uchybia zasadzie równego traktowania wykonawców, w szczególności wobec przesłania w dniu **13 lutego 2024 roku,** dodatkowych wyjaśnień – wyceny żywienia za **okres 03-05 lutego 2024 roku,** sporządzonych prawdopodobnie przez wyłonionego wykonawcę", a które to wyjaśnienia zdaniem Odwołującego były brane pod uwagę przez Zamawiającego. W ocenie Izby, Odwołujący zdaje się nie zauważać, że Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 9 lutego 2023 r., w związku z czym zdaniem Izby Zamawiający nie był w stanie brać pod uwagę tych dodatkowych wyjaśnień, które zostały przesłane, jak wskazuje Odwołujący w odwołaniu w dniu 13 lutego 2024 r., ponieważ Zamawiający de facto ich nie posiadał na moment wyboru najkorzystniejszej oferty.

Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które uzasadniają zaoferowaną cenę, tym samym Izba doszła do przekonania, że Przystępujący będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. art. 16 pkt 1 ustawy PZP, jak również art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, który jest zarzutem wynikowym. Z tego też powodu zarzuty te nie mogły być uwzględnione przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….