

WYROK

Warszawa, dnia 28.03.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2024 r. przez wykonawcę: CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Białymstoku im. M.Z.

przy udziale wykonawcy: K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych „RODZINNY” K.T. w Białymstoku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 835/24

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Białymstoku im. M.Z. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: *„wykonanie usługi sporządzenia poza siedzibą oraz dostarczenie do oddziałów szpitalnych posiłków dla pacjentów Zamawiającego”* znak sprawy: DZP.2344.6.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 28/2004 83689-2024 w dniu 8 lutego 2024 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Wykonawca - CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 14 marca 2024 r. wniósł w przedmiotowym postępowaniu odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz na zaniechań czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy tj.

1. zaniechanie wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych „Rodzinny” K.T. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,

2. dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych „Rodzinny” K.T. podczas gdy wykonawca ten podlegał wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp,

3. zaniechanie wezwania wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów składanych w postępowaniu,

4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. podczas gdy cena tej oferty jest rażąco niska,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, pomimo że zaoferowana przez tego wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

2. art. 239 ust. 1-2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T., podczas gdy wykonawca ten podlegał wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, a ponadto złożył niekompletne dokumenty w postępowaniu,

3. art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia złożonego dokumentu – uzupełniony wzór umowy (załącznik nr 3 do SWZ), w związku z faktem, że złożony przez tego wykonawcę dokument nie został przez niego uzupełniony,

ewentualnie

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T., podczas gdy ta oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

W konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołania Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wykonawcy K.T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T., do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,

3. wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wykonawcy K.T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T., do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentu - uzupełniony wzór umowy (załącznik nr 3 do SWZ),

4. ewentualnie – odrzucenie oferty wykonawcy K.T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T.,

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

6. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. W konsekwencji, w wypadku uwzględnienia żądań odwołania, i w rezultacie ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy - K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. to oferta Odwołującego będzie podlegała wyborowi jako oferta najkorzystniejsza.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 8 lutego 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie na usługi społeczne o udzielenie zamówienia na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Przetarg nieograniczony na wykonanie usługi sporządzenia posiłków poza siedzibą oraz dostarczenie do oddziałów szpitalnych posiłków dla pacjentów Zamawiającego”.

W dniu 4 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy - K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T., który to wybór w ocenie Odwołującego nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ust. 12 rozdziału III. - Tryb udzielenia zamówienia SWZ oraz z ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia stawka minimalnego wsadu surowcowego dziennie w ofercie ma być nie niższa niż 28 zł netto. Wsad surowcowy to, innymi słowy, ułamek ceny za osobodzień, którego zakres

obejmuje produkty spożywcze wykorzystane do przygotowania danych posiłków.

Z formularza ofertowego wykonawcy - wynika, iż K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. (dalej jako „Wykonawca”) zaoferował cenę za wyżywienie całodzienne w wysokości 32,96 zł netto za osobodzień. Biorąc pod uwagę, że Wykonawca zaoferował, że wsad surowcowy na kwotę 28,10 zł netto dziennie za osobodzień, to zamierza przeznaczyć na pozostałe koszty realizacji przedmiotowej usługi jedynie 4,86 zł netto.

W ocenie Odwołującego, powyższe dane jednoznacznie wskazują, iż oferta Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w rozdz. III pkt 7 SWZ wymaga stosownie do zapisów art. 95 Pzp, aby wszystkie osoby wykonujące pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, z późn. zm.) realizujące przedmiot umowy tj. przygotowywanie posiłków (na wszystkich etapach procesu produkcyjnego), porcjowanie i pakowanie posiłków, transport posiłków, utrzymanie czystości i przygotowanie pojemników były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami z dn. 22 lutego 2024 r., odpowiedź na pyt. 17 w cenie oferty należało uwzględnić wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę od dn. 1 lipca 2024 do kwoty 4.300,00 zł.

Ponadto Zamawiający w rozdz. IV SWZ wskazał liczne wymagania co do sposobu realizacji zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia wymienione są aż 22 diety. Zgodnie z zapisami rozdz. IV pkt 9 SWZ posiłki mają być dostarczane do Zamawiającego 3 razy dziennie w oddzielnych pojemnikach na poszczególne oddziały. Mimo, że kuchnia wykonawcy znajduje się w odległości tylko 2 km od Zamawiającego, musi on uwzględnić koszty transportu w cenie oferty oraz zapewnić kierowcę na 0,5 etatu. Wykonawca zobligowany jest do zapewnienia pojemników na odpady w ilości nie mniejszej niż ilość oddziałów.

Odwołujący podkreślił, że przygotowanie posiłków dla pacjentów szpitala znacząco różni się od świadczenia usług cateringowych dla przedszkoli, placówek oświatowych czy klientów komercyjnych. Wykonawca Zakład Usług Cateringowych „Rodzinny” K.T., który takie właśnie usługi dotychczas realizował, nie będzie w stanie świadczyć tej usługi, opierając się na posiadanych już zasobach. Zwiększenie produkcji posiłków o co najmniej 120 osobodni dziennie, uwzględnienie kilkunastu diet, wskazanych potraw i minimalnych gramatur posiłków, będzie wymagało ze względu na charakter i zakres usługi skierowania do realizacji usługi co najmniej 4 pracowników kuchni w przeliczeniu na etaty. Ponadto Wykonawca zobligowany jest do odbioru i utylizacji odpadów pokonsumpcyjnych, które średnio stanowią 20% pozostałości każdej podanej potrawy/posiłku.

Dodatkowo Wykonawca Zakład Usług Cateringowych „Rodzinny” K.T. na potwierdzenie dysponowania kuchnią zastępczą w ramach kryterium oceny „dodatkowe zaplecze w razie awarii kuchni” dołączył do oferty umowę użyczenia kuchni, z której wynika, iż opłata za korzystanie z niej wynosi 3000,00 zł brutto/ dzień plus opłaty eksploatacyjne. Należy również zwrócić uwagę, że całość usługi ma być świadczona zgodnie z normami HACCP (rozdz. IV pkt 10 SWZ), co również wymaga odpowiedniej organizacji usługi i wykonywania czynności zgodnie z tą normą.

Wszystkie ww. aspekty stanowią kosztotwórcze elementy wykonania usługi. Poniżej przedstawiamy zestawienie kosztów wykonania usługi przy założeniu minimalnego poziomu wykonania usługi 80% - 120 osobodni (wyjaśnienia z dn. 22 lutego 2024 r. odpowiedź na pyt. 5), jak i maksymalnego poziomu 135 osobodni dziennie, oraz przy wykorzystaniu ceny podanej przez Wykonawcę.

minimalny zakres zamówienia 80% ilości produktów	39420				
liczba osobodni z formularza	49275				
Elementy składowe ceny		minimalna miesięczna wartość netto	minimalna wartość netto w okresie zamówienia	miesięczna wartość netto przy największym możliwym zakresie	wartość netto w okresie zamówienia przy największym możliwym zakresie
cena osobodnia netto	32,96 zł	108 273,60 zł	1 299 283,20 zł	135 342,00 zł	1 624 104,00 zł
KOSZTY					
zadeklarowany koszt wsadu	28,10 zł	92 308,50 zł	1 107 702,00 zł	115 385,63 zł	1 384 627,50 zł
koszty wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przy realizacji zamówienia z z ZUS i zastępstwami chorobowo-urlopowymi	kucharz , pomoc kuchenna - liczba etatów 4 kierowca - liczba etatów 0,5	25 455,87 zł	305 470,44 zł	25 455,87 zł	305 470,44 zł
minimalne wynagrodzenie za pracę kwiecień - czerwiec 2024 4242,00 zł brutto; lipiec 2024- marzec 2025 4300,00 zł brutto					
koszty transportu- odległość kuchni 2 km, transport posiłków będzie się odbywał 3 x dziennie : 12 km/dziennie	366 km/ m-c	176,00 zł	2 112,00 zł	176,00 zł	2 112,00 zł
koszty mediów		500,00 zł	6 000,00 zł	600,00 zł	7 200,00 zł
koszty odpadów (w tym pokonsumpcyjnych)		582,00 zł	6 984,00 zł	640,00 zł	7 680,00 zł
inne koszty np. koszty zapewnienia pojemników do dystrybucji posiłków, pojemników na odpady, środków czystości		50,00 zł	600,00 zł	50,00 zł	600,00 zł

łącznie koszty	119 072,37 zł	1 428 868,44 zł	142 307,50 zł	1 707 689,94 zł
zysk	-10 798,77 zł	-129 585,24 zł	-6 965,50 zł	-83 585,94 zł

W ocenie Odwołującego w każdym z powyższych wariantów – zarówno przy minimalnym, jak i maksymalnym możliwym poziomie skali przedmiotu zamówienia – nie ma zdaniem Odwołującego innej możliwości, niż wykonanie tego zamówienia z poniesieniem straty, i to zarówno na poziomie miesięcznym, jak i globalnie, czyli w skali wykonania całego zamówienia.

W myśl art. 224 ust. 1 Pzp: *"1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych."*

Jak wskazano w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, wyd. 1 (s. 705): *"Ustawodawca użył również sformułowania „zamawiający żąda”, czym podkreśla, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie. Dla aktywizacji obowiązku zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie."*

W niniejszym stanie faktycznym zachodzi sytuacja opisana w dyspozycji wyżej wskazanego przepisu. Zamawiający uchybił obowiązkowi zażądania od Wykonawcy wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W powyższym kontekście znaczenie ma także fakt, że złożona przez Wykonawcę oferta zawiera cenę znacznie niższą niż oferta Odwołującego (tj. o 18%), a ponadto jest niższa od wartości przedmiotu zamówienia, określonej przez Zamawiającego w dokumencie protokołu postępowania (na str. 2) na kwotę 1.767.361,85 zł (cena w ofercie Wykonawcy wyniosła zaś 1.754.032,32 zł brutto). W konsekwencji, cena w ofercie Wykonawcy powinna wzbudzać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Kolejnym wartym podkreślenia faktem jest to, że zgodnie z przedstawionym w postępowaniu przez Wykonawcę dokumentem umowy użyczenia lokalu zastępczego z dnia 15 lutego 2024 r., zawartej z P.P., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „Pruszyńska Gastronomia”, Wykonawca jako biorący do użytkowania zobowiązuje się płacić czynsz administracyjny w wysokości 3000 zł brutto za każdy dzień (sic!), a ponadto opłaty eksploatacyjne, w szczególności opłaty za energię elektryczną, gaz, wodę oraz opłaty komunalne (§ 6 ust. 1 przedmiotowej umowy). Z pewnością, dysponując obciążeniem finansowym za sam lokal w wysokości co najmniej 3000 zł brutto dziennie (tj. ok. 90000 zł brutto miesięcznie), Wykonawca nie będzie w stanie w ramach zaoferowanej ceny za osobodzień, okrojonej o wsad surowcowy – czyli w kwocie 4,96 zł od osobodnia - pokryć powyższych kosztów lokalowych.

W konsekwencji, Zamawiający obowiązany był wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia ceny w jego ofercie.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów Odwołujący zaznaczył, że zarzut ten ma charakter wynikowy i wynika z naruszenia pierwotnego polegającego na niezgodnym z przepisami zaniechaniu wezwania na podstawie art. 224 ust 1 Pzp Wykonawcy - K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ponadto, Wykonawca złożył niekompletne dokumenty w postępowaniu, co jest przedmiotem zarzutu nr 3. Uchybienia te mają bowiem istotne znaczenie dla oceny poprawności czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając kolejny zarzut Odwołujący wskazał, że w rozdziale XIII SWZ, pkt 25 lit. b) Zamawiający zaznaczył, że każdy wykonawca powinien załączyć do oferty „Uzupełniony wzór umowy (Załącznik nr 3 do SWZ)”. Wykonawca przedłożył ten dokument, jednakże nieuzupełniony. Uzupełnienie w tym kontekście powinno obejmować co najmniej wpisanie danych wykonawcy oraz osoby do kontaktu z Zamawiającym. W konsekwencji, zastosowanie znajduje art. 128 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.* Przedmiotowy dokument należy uznać jako „inny dokument” w rozumieniu powyższego przepisu, tym bardziej, że z uwagi na kontekst przytoczonego postanowienia SWZ, brak jest podstaw, by uznać ten dokument za przedmiotowy środek dowodowy.

Ponadto z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł ewentualność odrzucenia oferty Wykonawcy już na obecnym etapie postępowania, na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu zarzutu nr 1.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego w dniu 18 marca 2024 r. przystąpienie po stronie

Zamawiającego zgłosił wykonawca K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. zgłaszający dnia 26 lutego 2024 r. przystąpienie po stronie Zamawiającego; wykonawca ten w dniu 6 marca 2024 r. złożył ponadto pismo zawierające stanowisko i argumentację na poparcie oddalenia odwołania; W dniu 26 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w calosci i przedstawil stanowisko w odniesieniu do poszczegolnych zarzutow wskazanych podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Cateringowych "Rodzinny" K.T. po stronie Zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stal się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez Odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie oceny przez Zamawiającego oferty Przystępującego pod kątem sposobu kalkulacji ceny oraz kompletności dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 128 ust. 1 pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 224 ust. 1 pzp – *Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

Art. 224 ust. 1 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.*

Art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*

Art. 239 ust. 1 pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*

Art. 239 ust. 2 pzp – *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.ch w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Na wstępie wymaga podkreślenia, że istota tego zarzutu sprowadza się do wykazania, że w świetle obiektywnych okoliczności faktycznych sprawy odnoszących się z

jednej strony do treści złożonej przez Przystępującego oferty, a z drugiej do treści dokumentacji postępowania, zamawiający winien powziąć wątpliwości w zakresie ceny oferty lub jej istotnych elementów składowych i w związku z tym obowiązany był wystosować wezwanie do przedstawienia wyjaśnień dotyczących ceny. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W niniejszej sprawie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania Przystępującego do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W tym zakresie Odwołujący przywoływał poszczególne zapisy SWZ wskazujące na sposób realizacji zamówienia (takie jak obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, ilość przewidzianych diet, częstotliwość dostarczania posiłków czy konieczność zapewnienia pojemników na odpady) oraz przedstawił w odwołaniu wyliczenia na potwierdzenie tego, że zaoferowana przez Przystępującego cena za osobodzień (przy uwzględnieniu kosztu wkładu do kotła na wymaganym poziomie 28,19 zł netto) jest na zbyt niskim poziomie i winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Izba uznała że Odwołujący, uzasadniając ww. zarzut, oparł się na swojej indywidualnej kalkulacji, nie biorąc pod uwagę możliwości odmiennego sposobu kalkulacji uwzględniające indywidualne okoliczności, doświadczenie, kwestie organizacyjne czy inne czynniki właściwe danemu wykonawcy, jak również dokonaną przez innego wykonawcę ocenę kosztowności poszczególnych prac. Przyjęte przez Odwołującego w przedstawionej kalkulacji założenia zarówno co do ilości osób koniecznych do zatrudnienia, kosztów transportu, mediów czy odpadów stanowią wyłącznie subiektywną ocenę i szacunki Odwołującego, nie wynikają zaś z zapisów dokumentacji czy też przepisów obowiązującego prawa.

Co więcej Odwołujący de facto nie kwestionował kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego, w szczególności nie wykazał że przyjęta przez Przystępującego stawka w wysokości 4,86 zł netto za osobodzień nie umożliwia pokrycia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący wskazywał jedynie, iż w jego ocenie koszty te powinny być wyższe, nie przedstawiając jednocześnie argumentów potwierdzających zobowiązanie Przystępującego do uwzględnienia w cenie ofertowej. Odwołujący nie wykazał natomiast, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie uwzględnia lub pomija jakiegokolwiek obiektywny czynnik kosztowy, który powinien zostać uwzględniony przy kalkulacji ceny ofertowej. W pierwszej kolejności – z uwagi na powyższe rozważania – należy zaznaczyć że cena nie obejmowała wyłącznie obiektywnych, wspólnych wszystkim wykonawcom czynników, które zobowiązani byli ująć w proponowanej stawce. Przeciwnie – jak wynika ze zgodnych stanowisk stron z uwagi na specyfikę usługi będącej przedmiotem zamówienia istotne dla kalkulacji są realia realizacji oraz właściwości logistyczne i organizacyjne poszczególnych podmiotów. W dalszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący pominął którykolwiek z występujących, obiektywnych czynników kosztowych takich jak minimalne wynagrodzenie pracowników czy inflacja, jak również obiektywnego udziału tych kosztów w cenie jednostkowej. Wszelkie kalkulacje i zestawienia w tym zakresie prowadzone w odniesieniu do oferty Przystępującego Odwołujący prowadził w oparciu o własną analizę kosztów. W świetle powyższego w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby cena Przystępującego nie obejmowała któregośkolwiek z obligatoryjnych, obiektywnych czynników kosztotwórczych w konsekwencji czego Zamawiający mógłby powziąć wątpliwości odnośnie kalkulacji ofertowej Przystępującego i skierować do niego wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie

W szczególności Odwołujący nie wykazał, że na potrzeby realizacji konieczne było zatrudnienie 4 osób na stanowiskach kucharz/pomoc kuchenna oraz jednego kierowcy. Taki wymóg nie wynika z jakichkolwiek zapisów SWZ czy też innych okoliczności obiektywnie uzasadniających takie wymagania. Potwierdzenia powyższego nie mogą stanowić przedkładane w toku rozprawy dowody w postaci standardów zatrudnienia pracowników administracji i obsługi oraz pracowników pedagogicznych w jednostkach oświatowych w miastach Częstochowie, Szydlowcu oraz Tychach czy też dziennego planu pracy kucharzy i pomocy kuchennych w szpitalu im. Orłowskiego w Warszawie. Dowody te odnosiły się do jednostek publicznych oraz placówek oświatowych, których specyfika działalności i funkcjonowania jest odmienna niż specyfika działalności w sektorze prywatnym. Podobnie Odwołujący nie wykazał podnoszonej konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztów odbioru i utylizacji odpadów pokonsumpcyjnych na poziomie średnio 20% pozostałości każdej podanej potrawy/posiłku, jak również kosztów mediów oraz transportu. Twierdzenia w tym zakresie należy uznać za gołosłowne oraz nie znajdujące potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Za całkowicie bezpodstawny należy uznać także argument odnoszący się do kosztu kuchni zapasowej. Jak jednoznacznie wynika z treści umowy użyczenia, jak również zapisów SWZ korzystanie z takiej kuchni następuje wyłącznie na wypadek i czas awarii kuchni należącej do Przystępującego. Twierdzenie Odwołującego, że z uwagi na zapisaną kwotę czynszu w wysokości 3 000 zł dziennie będzie ona generować po stronie Przystępującego koszt w wysokości 90 000 zł miesięcznie

jest całkowicie nieuzasadnione

Podsumowując - bezsporne jest w ocenie Izby, że kalkulacja cen ofertowych w przedmiotowym postępowaniu mogła zostać dokonana w odmienny, zindywidualizowany sposób przez różne podmioty gospodarcze w oparciu o wiedzę własną czy know how poszczególnych wykonawców. Skorzystanie z takiej czy innej metodyki sporządzenia kalkulacji własnej może wynikać z przyjętego przez wykonawcę modelu prowadzenia określonej działalności gospodarczej oraz jego indywidualnych uwarunkowań i możliwości logistycznych, organizacyjnych oraz biznesowych. Tym samym kwestionowanie cen zaoferowanych w postępowaniu przez Przystępującego wyłącznie w odniesieniu do kalkulacji własnej Odwołującego sporządzonej na podstawie subiektywnie przyjętej oceny skali kosztów nie może stanowić argumentu, który winien skłonić Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnień wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zarzut w tym zakresie należało uznać za bezzasadny i jako taki podlegać on oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór przez zamawiającego oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty był zarzutem wynikowym zależnym od potwierdzenia się zarzutu naruszenia polegającego na niezgodnym z przepisami zaniechaniu wezwania Przystępującego na podstawie art. 224 ust 1 Pzp. Skoro zarzut ten – jak wskazano powyżej – nie potwierdził się, to w konsekwencji i ten zarzut należało oddalić.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zauważyć należy, że ustawodawca nie precyzuje przy tym, jakie dokumenty lub oświadczenia mogą być składane, poprawiane, uzupełniane lub wyjaśniane na podstawie tego przepisu. Zakresem dyspozycji tego przepisu nie są jednak objęte oświadczenia lub dokumenty, których złożenie, poprawienie, uzupełnienie lub wyjaśnienie jest niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp albo jeśli przepisy te określają konsekwencje ich niezłożenia, złożenia niekompletnego lub z błędami. W ocenie Izby postanowienie zawarte w Rozdziale XIII pkt 25 lit. b) SWZ określają jedynie wymogi formalne dotyczące złożenia oferty, których niespełnienie nie może w żadnej mierze świadczyć o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SWZ. Z tych też

względów w ocenie Izby, złożenie przez wykonawców w postępowaniu uzupełnionego wzoru umowy, przygotowanego przez Zamawiającego i stanowiącego część SWZ, należy traktować jedynie jako wymóg formalny, a nie odnoszący się do treści oferty. Niespełnienie tego wymogu zdaniem Izby nie może być oceniane w kategoriach art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ani też art. 226 ust. 1 pkt 3. Tym samym brak w tym zakresie nie może zostać uznany za naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a to w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania.

Ponadto Izba wskazuje, że SWZ w swojej treści nie określał w jakim zakresie umowa ma zostać uzupełniona, zaś jak wynika bezspornie z treści dokumentacji Przystępujący taki wzór umowy złożył. Podnoszona w odniesieniu do tego dokumentu argumentacja Odwołującego, iż uzupełnienie powinno obejmować co najmniej wpisanie danych wykonawcy oraz osoby do kontaktu z Zamawiającym nie wynika zatem z treści dokumentacji postępowania, lecz stanowi interpretację dokonaną przez Odwołującego. Z uwagi na powyższe Izba uznała podnoszony zarzut jako niezasługujący na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę należało uznać za przedwczesny. W sprawie bezspornym jest, że Zamawiający nie wyzwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Zamawiający nie może zaś odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy nie wyczerpując wcześniej procedury z art. 224 ustawy, gdyż oznaczałoby to automatyzm w działaniu zamawiającego. Skoro zatem Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień, a odwołujący nie wykazał, że takie wezwanie było obligatoryjne, to zarzut zasługiwał na oddalenie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

