

WYROK

z dnia 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka-Baran**

Protokolant: **Patryk Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2023 r. przez wykonawcę **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Mazowiecki w Garwolinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Garwolinie**

przy udziale wykonawcy **B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B. K. z siedzibą w Sulbinach** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę B. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B. K. z siedzibą w Sulbinach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

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

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł i opłaty skarbowej w kwocie 17 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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:.....

Uzasadnienie

Szpital Mazowiecki w Garwolinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Garwolinie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Przygotowanie i dostawa całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 129-412351.

W dniu 18 września 2023 r. wykonawca Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B. K. z siedzibą w Sulbinach pomimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a nadto wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających obniżenie ceny, a tym samym oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do zamówienia, które to

zaniechanie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy, podlegającej odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B. K. z siedzibą w Sulbinach na podstawie art. 224 ust. ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B. K. z siedzibą w Sulbinachdalej „Przystępujący”.

Pismem z dnia 27 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty i wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 października 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie i dostawa całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o., polegających na kompleksowym, całodziennym wyżywieniu pacjentów, poprzez przygotowanie, z produktów własnych Wykonawcy 4 posiłków dziennie: I śniadania, II śniadania, obiadu, kolacji.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 2 i 3 specyfikacji warunków zamówienia *Cena powinna być skalkulowana w sposób jednoznaczny i powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. W tabeli formularza oferty Wykonawca podaje ceny jednostkowe netto za usługę żywienia jednego pacjenta w danym zakresie (śniadania, śniadania I i, obiadu i kolacji), wartość netto, wartość podatku VAT i stawkę (%) VAT, razem wartość brutto. Następnie Wykonawca sumuje wartość netto, VAT i brutto a także podaje cenę 1 osobodnia.*

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, została ustalona w dniu 21 czerwca 2023 r. na kwotę 1 850 062,68 zł na podstawie ofert cenowych w postępowaniu rozeznania rynku w 2023 r. oraz w oparciu o prognozowany wzrost cen i dane dotyczące planowanej liczby osobodni, czas trwania umowy. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 1 874 127,80 zł brutto, a oferta Przystępującego na kwotę 1 281 369,64 zł brutto. Zamawiający wskazał, iż przeznaczy na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 1 998 067,69 zł brutto.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/ kosztu/ istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu. Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy wykazać wszelkie elementy ekonomiczne mające wpływ na zaoferowaną cenę oraz złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę oraz że wyjaśnienia wykonawcy powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. Wykonawca powinien wykazać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Zamawiający rekomendował wykonawcy przedstawienie szczegółowej kalkulacji zawierającej ceny produktów i materiałów, urządzeń oraz składowe kosztów takich jak robocizna, transport itp.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 12 sierpnia 2023 r. przedłożył wyjaśnienia, w których skupił się na porównaniu ceny zaoferowanej z cenami z innych umów realizowanych przez wykonawcę, w tym z ceną obowiązującą w zamówieniu obecnie realizowanym na rzecz Zamawiającego. Ponadto, wykonawca wskazał czynniki, które jego zdaniem pozwoliły na obniżenie ceny, tj.: brak rozbudowanej administracji, bliska odległość kuchni od

Zamawiającego; nowoczesne wyposażenie kuchni; upusty cenowe od dostawców w wysokości 20%; sztywne ceny na dostarczane produkty spożywcze; indywidualne ceny prądu i gazu oraz osiągnięcie zysku w roku 2022.

Ponadto, Przystępujący wskazywał, że nie przedkłada szczegółowej kalkulacji zawierającej ceny produktów, materiałów, urządzeń oraz kosztów robocizny czy energii, gdyż *po pierwsze zajęłoby to zbyt dużo czasu i nie byłobyśmy w stanie tego zrobić w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, po drugie zaś byłaby to „Syzyfowa praca” w przypadku, gdy Zamawiający dobrze zna nasze ceny i jakość świadczonych przez nas usług.* Do wyjaśnień załączono referencje wystawione przez trzy podmioty, w tym przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 8 września 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zasła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. 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.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wyjaśnienia wykonawcy usuwają domniemanie, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Wyjaśnienia wykonawcy nie zostały sporządzone zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego i nie wynika z nich, w jaki sposób została skalkulowana cena. Ponadto, wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń o możliwości obniżenia ceny.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Przystępujący pismem z 12 sierpnia 2023 r. udzielił odpowiedzi, ograniczając się do wskazania, że posiada doświadczenie w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia oraz że dysponuje sprzętem, współpracownikami i ma dostawców u których może uzyskać preferencyjne ceny. Natomiast Zamawiający jasno wskazał, że oczekuje dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Rację należy przyznać Odwołującemu, że przywołane okoliczności w żaden sposób nie wyjaśniają czy Przystępujący jest w stanie wykonać zamówienie za wskazaną cenę. Co istotne, wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji cenowej, w żaden sposób nie odniósł się do zaproponowanej ceny i sposobu jej wyliczenia.

Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy

ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Należy również wskazać, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B. K. z siedzibą w Sulbinach, ubiegający się uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę, co wpłynęło bezpośrednio na wycenę, a co w konsekwencji miało wpływ na ostateczną cenę ofertową. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący już po otwarciu ofert mógł stwierdzić, że jego cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a co za tym idzie przewidzieć, że Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Przystępujący poprzestał w wyjaśnieniach na ogólnych oświadczeniach, nie załączając żadnej kalkulacji cenowej. Skoro wskazał, że posiada upusty, umowy gwarantujące sztywne ceny, indywidualne ceny na dostawy prądu i gazu ziemnego, winien powyższe okoliczności wykazać. Samo zapewnienie wykonawcy należy uznać za gołosłowne i niewiarygodne, zwłaszcza jeżeli dotyczy to oferty z najniższą ceną. Jak słusznie zauważył Odwołujący, nie wiadomo nawet jaki jest koszt dostawy posiłku, prócz tego, że jak twierdzi Przystępujący minimalny.

Ponadto, jeżeli Przystępujący twierdził, że posiada upusty, winien wskazać gdzie i z kim, przedłożyć przykładowe oferty, umowy i podać jak taka współpraca przekłada się na jego oszczędności. Próżno też szukać w wyjaśnieniach Przystępującego informacji dotyczących zakładanego zysku. Przystępujący powoływał się także na możliwość łączenia transportu z transportem do innej placówki, ale również nie przedstawił umowy, ani nie wykazał, że czas dostawy w obu tych umowach się pokrywa. Nie wiadomo też jakie wynagrodzenie będzie przyznane osobom zaangażowanym w realizację zamówienia oraz jakie będą koszty pracy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, nie jest wystarczające oparcie wyjaśnień wyłącznie na porównaniu zaoferowanej ceny z cenami z innych realizowanych przez tego wykonawcę umów oraz przedstawienie referencji z tych zamówień. Referencje poświadczają jedynie prawidłowość realizowanej usługi.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Zamawiającego o przeszacowaniu szacunkowej wartości zamówienia i istnieniu jedynie formalnego, a nie rzeczywistego, przekroczenia progu 30%, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że powyższa argumentacja została przygotowana jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający nie wykazał, iż w prowadzonym postępowaniu zaszły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Za taką okoliczność nie może bowiem zostać uznane stanowisko Zamawiającego, iż przeszacował on wartość zamówienia. Podkreślić należy, że Zamawiający oprócz gołosłownego powoływania się na tę okoliczność nie przedłożył Izbie jakiegokolwiek dowodu wskazującego, że do takiego przeszacowania doszło. Podkreślić również należy, że oferta złożona przez Odwołującego była zbliżona do szacunkowej wartości zamówienia, co w ocenie Izby prawidłowo wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do ceny oferty Przystępującego. Fakt natomiast, że Zamawiający szacował wartość zamówienia w oparciu o ceny trzech ofert złożonych podczas rozeznania rynku, dodając dodatkowe 10% ponad ceny rynkowe, nie może potwierdzać przeszacowania wartości zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień, a w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie wykazał, że takie okoliczności zaistniały. Oczywiste okoliczności umożliwiające odstąpienie od wezwania do udzielenia wyjaśnień można odnosić bowiem jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji. W niniejszej sprawie przesłanka zwalniająca z obowiązku badania ceny niewątpliwie nie wystąpiła, skoro Zamawiający wyjaśnił, że dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od Przystępującego zorientował się w okoliczności

nieopatrzego zawyżenia przez siebie szacunkowej wartości zamówienia.

Równocześnie należy podkreślić, że nie jest dopuszczalne powoływanie się przez Zamawiającego na doświadczenie współpracy z wykonawcą, gdyż oznaczałoby to sprzeczność z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszystkie niezbędne informacje do dokonania oceny kalkulacji ceny powinny być przedstawione w wyjaśnieniach wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający winien uznać, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na wykonawcę konkretne obowiązki, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne czyni je nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez Przystępującego, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji potwierdził się zarzut dokonania wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:.....