

WYROK
z dnia 14 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę Aircases Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

.....

Sygn. akt: KIO 3226/23

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi pod nazwą „Świadczenie usług przygotowania i dowożenia posiłków profilaktycznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00442005 w dniu 12 października 2023 r.

I. W dniu 30 października 2023 r. wykonawca Aircases Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. AMREG G. S. (dalej: „Wykonawca Amreg”) z powodu rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji wobec uznania za najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Amreg, podczas gdy wystąpiły przesłanki do odrzucenia tej oferty z uwagi na jej rażąco niską cenę;
2. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się w tym, że za najkorzystniejszą uznana została oferta podlegająca odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert, w tym odrzucenia oferty Wykonawcy Amreg jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

II. Pismem wniesionym w dniu 13 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia (pkt 5.3 SWZ):

Wymogi dotyczące dostarczanych posiłków profilaktycznych:

- 1) Każdy posiłek profilaktyczny powinien posiadać wartość kaloryczną nie mniejszą niż 1000 kcal i zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dn. 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz.U. nr 60 poz. 279 ze zm.) powinien zawierać:
 - a.ok. 50-55% węglowodanów,
 - b.ok. 30-35% tłuszczów,
 - c.ok. 15% białka,
- 2) Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczania posiłków profilaktycznych własnym transportem, na własny koszt - wliczony w cenę posiłku.
- 3) W skład posiłku powinna wchodzić:
 - a. porcja gorącej zupy lub inne gorące danie – min. 700 ml
 - b. porcja tzw. wkładka mięsa (lub rybna w piątce) – min. 100 g
 - c. porcja chleba – min. 100 g
 - d. ziemniaki, kasza, ryż – 200 g
- 4) dostawa posiłków odbywać się będzie w hermetycznie zamkniętych naczyniach, wraz z dostawą odpowiedniej ilości sztućców i naczyń jednorazowych,
- 5) podane w ust. 2 godziny dostaw posiłków mogą ulec zmianie po konsultacji z Wykonawcą,
- 6) posiłki będą przygotowywane zgodnie z jadłospisem rozpisany na 14 dni, ze wskazaniem gramatury i kaloryczności posiłków – załącznik nr 2 do umowy,
- 7) jadłospis należy dostarczyć przed podpisaniem umowy w celu akceptacji Zamawiającego.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym oferta Odwołującego za cenę 235 355,72 PLN oraz Wykonawcy Amgreg za cenę 231 531,35 PLN. Trzecia oferta zawierała cenę 261 220,40 PLN.

Zamawiający poinformował, że na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 342 988,82 PLN.

W dniu 20 października 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Wykonawca Amgreg na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie zamówienia - w celu ustalenia, czy zaoferowana cena/koszt/istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wezwaniu Zamawiający postawił następujące pytania:

1. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w kosztach:

- 1) wynagrodzenia pracowników oddelegowanych do realizacji zamówienia z uwzględnieniem warunków opisanych w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207);
- 2) zysk wykonawcy,
- 3) koszt produktów, które będą wykorzystywane do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami rozporządzenia Rady Ministrów z dn. 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz.U. nr 60 poz. 279 ze zm.),
- 4) wszelkie opłaty, w tym ubezpieczenia oraz inne koszty i opłaty niewymienione, a które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia, narzuty, ewentualne upusty, należny podatek VAT, oraz pozostałe składniki cenotwórcze,
- 5) koszty transportu posiłków będących przedmiotem zamówienia do Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach
- 6) inne koszty.

2. Prosimy wskazać, jakie elementy cenotwórcze Wykonawca uwzględnił w kalkulacji?

3. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca Amgreg udzielił pismem z dnia 25 października 2023 r.

W dniu 25 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy Amgreg jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że zawarta w kalkulacji Wykonawcy Amgreg cena zupy (700 ml) jest ceną rażąco niską i nierealną. Nie zostały przedstawione żadne dowody oraz wyliczenia uzasadniające tak niską cenę. Wykonawca Amgreg nie podał gramatury ani ceny składników, z których przygotowywana jest zupa. Odwołujący zauważył, że jak wynika ze SPz zupa była znaczącą częścią posiłku profilaktycznego (700 ml to ponad podwójna porcja zupy i powinna mieć odpowiednio

wysoką kaloryczność). Dlatego jej wpływ kosztowy jest bardzo duży i nie można go pominąć jak nieznaczący. Odwołujący powołał się na obliczenia kalkulatora gastronomicznego kalkulatorfoodcost. Ponadto, Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Amgreg nieprawidłowo uznał, że koszty zamówienia będą stanowić 20 % kosztów ponoszonych przy realizacji zamówienia związanego z wyżywieniem ludności uchodźczej Ukrainy zakwaterowanej na terenie Białegostoku. Na podstawie załączonej do wyjaśnień umowy nie można stwierdzić, że te zamówienia są do siebie podobne pod względem przedmiotu i sposobu realizacji.

Odnosząc się do zarzutów odwołania należy zauważyć, że w wezwaniu z 20 października 2023 r. Zamawiający zawarł kilka szczegółowych pytań. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Wykonawca Amreg przedstawił kalkulację ceny odnoszącą się do pytań Zamawiającego, a do wyjaśnień załączył dowody. Zarzuty Odwołującego dotyczą jednego z elementów posiłku. Wprawdzie należy zgodzić się z Odwołującym, że w tym przypadku chodzi o istotny element posiłku profilaktycznego, jednakże oprócz kosztów posiłku występuje także szereg innych kosztów – koszty pracownicze, opłaty za media, czynsz najmu, należności podatkowe oraz składki ZUS, koszty transportu oraz inne koszty, w tym koszt materiałów użytych do wykonania usługi. Na cenę całkowitą oferty składa się również zysk wykonawcy. Do wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę nie jest wystarczające wykazanie zaniżenia jednego z elementów składowych ceny. Niezbędne jest udowodnienie przez odwołującego, że zaniżenie jednego z elementów składowych ceny skutkuje tym, że całkowitą cenę oferty należy uznać za rażąco niską. W rozpoznawanej sprawie nie zostało to przez Odwołującego udowodnione. Ponadto, na potwierdzenie zaniżonego kosztu zupy wskazanego w wyjaśnieniach Wykonawcy Amgreg Odwołujący przedstawił obliczenia kalkulatora gastronomicznego kalkulatorfoodcost dotyczące kremu pomidorowego z bazylią. Należy zauważyć, że nie jest zupa, która została zaoferowana przez Wykonawcę Amgreg, a przedstawiony przez Odwołującego dowód dotyczy wyłącznie jednego z możliwych sposobów przygotowania tej zupy.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego wyjaśnień Wykonawcy Amgreg w zakresie kosztów ponoszonych przy realizacji zamówienia związanego z wyżywieniem ludności uchodźczej Ukrainy zakwaterowanej na terenie Białegostoku (w tym dowodu w postaci kopii umowy) należy zauważyć, że jest to informacja dodatkowa, a podstawowe znaczenie przedstawiona przez Wykonawcę Amgreg kalkulacja. Do wyjaśnień Wykonawcy Amgreg załączył również inne dowody. Należy zauważyć, że oceny, czy cena oferty jest albo nie jest rażąco niska trzeba dokonywać mając na uwadze całą treść wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez wykonawcę. Pominięcie kilku informacji lub dowodów nie musi zawsze prowadzić do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Należy jednak podkreślić, że w odwołaniu Odwołujący skupił się na jednym elemencie cenotwórczym, tj. zupie będącej składnikiem posiłku profilaktycznego. W rozpoznanej sprawie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby całkowita cena oferty Wykonawcy Amgreg powinna być uznana za rażąco niską. Należało również wziąć pod uwagę, że ceny zaoferowane przez Wykonawcę Amgreg oraz Odwołującego są bardzo zbliżone.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca: